Die Eventualaufrechnung.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Referendar Paul Niehuß
aus Bielefeld.

Dillenburg.
A. Bilger'sche Buchdruckerei
1920.

Referent:
Professor Dr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Binder: Rückwirkung der Aufrechnung; Beitr. zur Auslegung des B. G. B S. 22 ff.
Dickel: D. J. Z. 17, Sp. 1344.
Eccius; Gruchot 42 S. 15 ff.; S. 223 ff.
Ellger: Prozeßführung des Mannes.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. und II.
Förtsch: Gruchot 42 S. 225 ff.
Friedrich: Die Aufrechnung im Prozeß.
Fuchs: D. J. Z. 19 Sp. 914.
Geib: Z. Z. P. 36 S. 433.
Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung.
Hölder: Archiv für zivilistische Praxis.
Kleinfelder: Krit. V. J. Schr. 42 S. 48, S. 90 ff.
Kipp: Lehrbuch des Erbrechts §§ 66/72.
Koband: 2 Fragen zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.
Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Z. Z. P. 20 S. 1 ff. 24 S. 1 ff.
Krückmann; Z. Z. P. 34. S. 364 ff.
Lang: Das Aufrechnungsrecht nach B. G. B.
Laband: D. J. Z. 18. Sp. 884.
Langheinecken: Anspruch und Einrede.
Karl Lehmann: Handelsrecht, Lehrbuch des
Leonhard: Aufrechnung 1896; Arch. f. bürgerliches Recht. 21. S. 171 ff. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 60, S. 571 ff. Dogmatische Jahrbücher 41. S. 1 ff. insb. 59 ff.
Liebknecht: Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung.
Martinius: Arch. f. bürgerliches Recht 24, S. 277 ff. Neumanns Jahrbuch.
Oertmann: Kommentar zum B. G. B. Aufrechnung im Zivilprozeß
Osann: Beitr. zur Behandlung der Kompensationseinrede in der Z. P. O.
Pfizer: Z. Z. P. 26, S. 43.
Planck: Kommentar zum B. G. B.

Petersen: Seufferts Bl. für Rechtsanwendung 64, S. 253 ff.
Redlich: Z. Z. P. 22.
Schlemmer: Aufrechnung im Prozeß.
Siber: Kompensation.
Stein: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1914.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B.
Stölzel: Aufrechnung in der Berufsinstanz 1915. Schulung II. 4. Auflage; 5. Auflage von 1914.
v. Thur: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Wach: Z. Z. P. 26. S. 37.
Weigelin: Recht zur Aufrechnung.
Weißmann: Z. Z. P. Bd. 22.
M. Wolff: Lehrb. des bürgerlichen Rechts Bd. III. Bd. IV.
Entscheidungen: O. L. G. E. in Seuff. Arch. 29 S. 103; 59 S. 289.
— O. L. G. E. 16. S. 116; 10. S. 378.
— R. G. E.: 42 S. 320; 56 S. 75; 59 S. 210; 64 S. 229; 65 S. 881; 76 S. 89; 78 S. 382; 80 S. 167; 82 S. 273.
— R. G. Jur. W.: 10 S. 147. Gruchot 55 S. 907; 41 S. 950; 43 S. 209.
— Jur. W. 1900 S. 749; 1902 S. 543.
Z. Z. P. = Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.

Die Eventualaufrechnung.

§ 1.

Einleitung und Fragestellung.

Nach dem Rechte des B. G. B. erfolgt die Aufrechnung durch einfache private Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Gleichwohl aber liegt tatsächlich der Schwerpunkt des Instituts noch dort, von wo es überhaupt seinen Ausgang genommen hat, nämlich im Prozeß, wo der Beklagte, sobald er nur irgend eine Gegenforderung hat, sich regelmäßig durch Aufrechnung gegen ein etwaiges Unterliegen zu schützen sucht. Zunächst allerdings wird der Beklagte versuchen, andere Verteidigungsmittel geltend zu machen: Er bestreitet den geltend gemachten Anspruch überhaupt oder bringt eine Einrede dagegen vor, denn ein Sieg auf Grund der Aufrechnung ist auch ihm nachteilig, kostet er ihn doch ein eignes Vermögensstück, eben die zur Aufrechnung verwandte Forderung. So erklärt es sich, daß fast immer die Aufrechnung nur in zweiter Linie geltend gemacht wird, indem der Beklagte erklärt: Ich bestreite den geltend gemachten Anspruch und rechne nur eventuell auf. Es fragt sich nun, ist eine solche Eventualaufrechnung zulässig? Dies ist einmal wegen des Verbots des § 388 B. G. B. zu prüfen. Die Theorien, die ihre Zulässigkeit zu erklären suchen, sind ferner deshalb besonders genau zu untersuchen, weil je nach dem man sich der einen oder anderen Theorie anschließt, die weitere Frage nach der prozessualen Behandlung, nach den Wirkungen, die eine solche Eventualaufrechnung nach sich zieht, möglicherweise verschieden zu beantworten ist. Würde man freilich die Frage nach ihrer Zulässigkeit verneinen, so fiele damit natürlich auch die Frage nach ihren Folgewirkungen weg.

I. Kapitel

Die Frage nach ihrer Zulässigkeit.

§ 2.

Handelt es sich bei der Eventualaufrechnung um eine wirkliche Bedingung?

In § 388 B. G. B. Satz 2, heißt es: Die Aufrechnung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird. Fällt die Eventualaufrechnung nun unter das Verbot des § 388 B. G. B. und ist sie aus diesem Grunde ungültig? In der Tat ist dies vereinzelt behauptet worden, so z. B. von Förtsch, Gruchots Beiträge, 42 S. 230 ff., ferner u. a. von Martinius Archiv für bürgerliches Recht 24, S. 297/99, Weigelin Recht zur Aufrechnung S. 137; letztere beiden sprechen sich allerdings weniger bestimmt dafür aus. Förtsch zieht einen Analogieschluß von der Zahlung auf die Aufrechnung. Ebensowenig wie eine Zahlung mit Vorbehalt, brauche der Gläubiger sich eine Aufrechnung mit einem irgendwie gearteten Vorbehalt gefallen zu lassen. Aber dieser Analogieschluß ist keineswegs zwingend. Zwar haben Zahlung und Aufrechnung wirtschaftlich denselben Effekt, und es ist auch, obschon sie juristisch sowohl hinsichtlich ihrer Konstruktion als auch hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht gleich sind, ein Analogieschluß von dem einen Institut auf das andere keineswegs immer ausgeschlossen. Aber diese Analogie ist nur insoweit zuläßig, als beide Institute Gemeinsamkeiten aufweisen. Förtsch geht aber gerade von einem Punkte aus, in dem Aufrechnung und Zahlung zweifellos verschieden sind. Denn man kann zwar sagen, daß jemand sich eine Aufrechnung gefallen lassen muß, da diese eben einseitig erklärt werden kann, nicht aber kann man dies in der Art wie es hier geschieht, von der Zahlung behaupten, die sich doch als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt. Daß Förtsch bei seinem Vergleich von nicht ganz zutreffenden Voraussetzungen ausgeht, beweist noch deutlicher eine Stelle (a. a. O. S. 232), wo er von einer bestehenden Verpflichtung zur Annahme einer Zahlung spricht. Ein Gläubiger ist nämlich auch zur

Annahme einer unbedingten Zahlung keineswegs verpflichtet. Höchstens könnte man von einer Pflicht gegenüber sich selbst reden, da an eine willkürliche Ablehnung sich nachteilige Folgen knüpfen.

Wenn nun schon ein unbedingtes Zahlungsangebot abgelehnt werden kann, dies auch den Schuldner keineswegs ohne weiteres befreit, so ist natürlich erst recht niemand zur Annahme einer Zahlung mit Vorbehalt „verpflichtet". Mit dem Moment des Zwanges entfällt aber ein wesentlicher Teil der Analogie zwischen unbedingter Zahlung und unbedingter Aufrechnung einerseits, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung andererseits, wie sie Förtsch nachzuweisen sucht. Die weiteren Ausführungen Förtschs, daß wie bei anderen einseitigen Rechtsgeschäften, die auch wider den Willen des anderen Teils vorgenommen werden können, der Gläubiger gegen die in der eventuellen Aufrechnung liegende Unsicherheit geschützt werden müsse, wird man als berechtigt anerkennen müssen. Diese Verneinung der Eventualaufrechnung ist aber praktisch nicht erträglich, was unten ausführlich dargelegt werden wird. Wie hat man demgemäß nun die Zulässigkeit der eventuellen Aufrechnung zu erklären gesucht? Zunächst mit dem Hinweis auf die Motive zum B. G. B., in denen Bd. II. S. 108 ausdrücklich die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung ausgesprochen werde. Bei der Eventualaufrechnung handelt es sich hiernach nicht um eine Bedingung, sondern um eine gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung. So die wohl herrschende Meinung in Theorie und Praxis: R. G. jur. W. 14 S. 767, Eccius bei Gruchot 42 S. 34—35, Staudingers Kommentar § 388 II., Siber Aufrechnung S. 118 ff. Diese Ansicht wonach es sich hier um eine condicio legis handelt, ist m. E. jedoch nicht haltbar. Und zwar zunächst deshalb nicht, weil sehr wohl gegen eine nicht bestehende Schuld aufgerechnet werden kann. Ist dieses aber der Fall, so kann naturgemäß nicht die Rede davon sein, daß der Aufrechnende nur die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung hervorhebe. Man hat vielerlei Konstruktionen versucht, viele Gründe angeführt, um die eine oder die andere Ansicht zu rechtfertigen, wonach die Aufrechnung nichtig, wonach sie voll wirksam sei. Da nun eine genaue

Stellungnahme zu der herrschenden Theorie der Eventualaufrechnung besonders geboten ist, so ist auch eine gründliche Untersuchung des schwierigen Problems der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld unerläßlich. Dies umsomehr, da die Resultate dieser Untersuchung weiter unten auch bei der Stellungnahme zu der Frage Beweiserhebung oder Klagabweisung zu verwerten sind. Wenn also auch die Erörterung des Für und Wider der Nichtigkeitslehre, wegen der mannigfachen hier auftauchenden Fragen einen größeren Raum einnehmen muß,[1]) so kann man sie deshalb natürlich nicht umgehen. Um zunächst zu zeigen, daß die ganze Frage sich nicht mit Wendungen wie, die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld sei ein „Unding", erledigen läßt, sei darauf hingewiesen, daß doch wie kaum bestritten wird, auch gegenüber einer durch Einrede dauernd entkräfteten Forderung aufgerechnet werden kann. Sollte zwischen einer solchen Forderung und einer überhaupt nicht bestehenden Forderung ein so gewaltiger Unterschied sein? Von den Anhängern der Nichtigkeitslehre wird dem gegenüber auf die große Unbilligkeit hingewiesen, die in der Annahme, die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld sei gültig, liegen soll. Allein dies ist durchaus nicht so. Das Argument der Billigkeit wendet sich vielmehr, wenn man sich nur die Rechtslage und ihre Folgen in den einzelnen in Frage kommenden Fällen recht ansieht, alsbald gegen die Gegner. Dies trifft zunächst für die Verteilung der Beweislast zu, die eintreten müßte, falls man jene Aufrechnung als nichtig ansieht. Denn es müßte dann auch in Zukunft, nachdem die Aufrechtserklärung längst abgegeben war, der Aufrechnungsgegner längst befriedigt zu sein glaubte, er gleichwohl, wenn er sich auf die Aufrechnung berufen wollte, beweisen, daß seine Forderung, gegen welche aufgerechnet wurde, begründet war. Inzwischen aber hat er die Beweismittel für seine Forderung verloren, oder sie selbst aus der Hand gegeben, da

[1]) Vgl. ff. Literatur:

a) Anhänger der Nichtigkeitslehre: Planck, Bem. 2 zu § 387; Oertmann, Recht 1901 S. 447 ff. Standinger zu § 388 I. 4.

b) Für die Gültigkeit u. a.: Kohler, Bürgerl. R. II. S. 215; Leonhard, Arch. für B. R. 21, S. 171 ff.; Stölzel, Schulung II. S. 308.

er ja annehmen mußte, daß sie gegegenstandslos geworden seien. Ebensowenig wie demjenigen, der Zahlung erhalten hat, nachträglich der Beweis seiner Forderung auferlegt werden darf, ist dies aber demjenigen gegenüber zulässig, der durch Aufrechnung befriedigt wurde.

Wäre hiernach in dieser Hinsicht der aufrechnende Gläubiger zu günstig, der Aufrechnungsgegner zu ungünstig gestellt, so wäre dieses in einer anderen Beziehung, nämlich hinsichtlich der Verjährung umgekehrt, es wäre hier der Gläubiger, der die Aufrechnungserklärung abgibt, zu ungünstig gestellt. Seine Forderung würde ohne Rücksicht auf die unwirksame Aufrechnungserklärung verjähren und zwar in einer der kurzen Fristen, wie sie doch tatsächlich für unser Rechtsleben die Regel bilden. Nun könnte man allerdings meinen, daß ja durch die Aufrechnungserklärung eine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 209 B. G. B. eintrete. Allein die Voraussetzungen des § 209 sind nicht notwendig gegeben, da es sich ja keineswegs immer um eine Aufrechnung im Prozeß handelt und auch eine Aufrechnung im Prozeß die Verjährung nur vorübergehend unterbricht. Will man die Härte für den Gläubiger, die darin liegt, daß er hier möglicherweise ohne Verschulden endgültig den wirtschaftlichen Wert seiner Forderung verliert, vermeiden, so muß man gerade annehmen, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld voll wirksam sei. Nimmt man dies nämlich an, so steht ihm zweifellos eine Bereicherungsklage gegen den Gegner zu; diese Bereicherungsklage beginnt aber erst mit erklärter Aufrechnung und steht ihm während eines Zeitraumes von 30 Jahren zur Verfügung. Aber man könnte einwenden, es sei unbillig, daß der Aufrechnende mit der ursprünglichen Forderung auch die Pfänder und Bürgen, die für sie bestellt waren, verliere. Allein auch dies dürfte durchaus der Billigkeit entsprechen. Die Bürgen und Pfandgeber werden mit der Aufrechnungserklärung freigegeben, und werden ihrerseits jetzt sehr oft auf gegebene Sicherheiten verzichten. Wenn sich nachträglich herausstellen würde daß die abgegebene Aufrechnungserklärung unwirksam war und sie infolgedessen jetzt wieder der Inanspruchnahme durch den Gläubiger unterliegen würden, so wäre ohne ihr Verschulden oftmals

ihre Lage erheblich verschlechtert worden. Aus diesem Grunde dürfte es doch besser sein, daß der Aufrechnende, der ohne sich genügend zu unterrichten seine Erklärung abgibt, als Urheber auch die Folgen dieser Erklärung tragen muß, als die gänzlich unbeteiligten Pfandgeber und Bürgen.

Nicht minder unbillig wäre es schließlich, daß nach der Nichtigkeitslehre der Gläubiger die unter Umständen recht hohen in der Zeit zwischen Aufrechnungserklärung und erneuter Geltendmachung der ursprünglichen Forderung aufgelaufenen Zinsen einfordern könnte, obschon der Schuldner bei Kenntnis der Sachlage jene hochverzinsliche Schuld längst getilgt haben würde.

In zweiter Linie beruft man[1]) sich auf die im § 389 B. G. B. ausgesprochene Rückwirkung und die konstruktive Begründung, die in der Regel dieser Rückwirkung gegeben wird. Danach ist diese Rückwirkung innerlich gerechtfertigt durch eine Selbstwirkung der einander gegenüberstehenden Forderungen, die mit ihrer Entstehung beginnen soll.[2]) Aufs engste hängt mit dieser Frage der Rückwirkung die weitere Frage zusammen, was der Grund der Aufrechnung ist, die Erklärung oder das Gegenübertreten der Forderungen. Denn ist das Gegenübertreten der Forderungen und die durch sie bewirkte gegenseitige Bindung und Einwirkung Grund der Aufrechnung, so kann es natürlich keine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld geben, da dann ja in letzterem Falle ein wesentlicher für jede wirksame Aufrechnung erforderlicher Faktor nicht vorhanden wäre. Wenn so die Aufrechenbarkeit bereits eine tilgende Wirkung hätte, sich schon als eine von der Aufrechnungserklärung abhängige bedingte Tilgung darstellte, dann wäre die Tatsache welcher rückwirkende Kraft beigelegt wird, ein Erkenntnisgrund, welcher uns zeigt, daß eine in der Vergangenheit liegende Tatsache bereits gewirkt hat. Eine Rückwirkung der Erklärung wäre in Wahrheit nicht vorhanden. Durch jene rechtsgeschäftliche Erklärung würde vielmehr nur eine bestehende Ungewißheit beseitigt. Vom Standpunkt der Gegenwart aus gesehen aber

---

[1]) So insbesondere Oertmann, Recht Bd. 5, S. 449.

[2]) So Eccius, Gruchots, Beiträge 42, S. 253; Enneccerus Lehrbuch § 294.

müßte sich alles so darstellen, als ob die denkbar strengste Rückwirkung einträte.

Zu welchen bedenklichen Folgerungen aber diese Theorie, wonach es sich bei der Aufrechnungserklärung um einen Erkenntnisgrund der Vergangenheit handelt, führen muß, ist leicht an folgendem Beispiel zu zeigen.

Ein Schuldner, der von Anfang an eine aufrechenbare Gegenforderung hat, wird, ohne daß er von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch macht, da er der sicheren Überzeugung ist, nichts zu schulden, wider Erwarten doch verurteilt. Das Urteil sei rechtskräftig geworden. Dann müßte er sich peinlichst bei Gefahr des Verlustes seiner Forderung hüten, eine Aufrechnungserklärung gegenüber dieser rechtskräftig festgestellten Forderung abzugeben; denn diese Erklärung würde ja, wenn wir einmal die oben entwickelte Theorie der Rückwirkung zu Ende denken, klarstellen, daß die eben eingeklagte Schuld bereits vor der Klageerhebung zur Zeit des ersten Gegenübertretens der Forderungen getilgt war. Das ergangene Urteil würde materiell unrichtig gewesen sein. Der Beklagte würde also garnicht mehr aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis schulden, sondern aus dem rechtskräftigen konstitutiven Urteil. Er müßte also trotz der wirksam vollzogenen Aufrechnung die durch das Urteil entstandene neue Schuld noch zahlen. Seine zur Aufrechnung verwandte Gegenforderung aber hätte er gleichwohl verloren, denn diese wäre ja schon zur Tilgung der ursprünglichen Schuld verwandt und dabei verbraucht worden. Es wäre sogar auch zweifelhaft, ob eine Klage aus § 812 B. G. B. gegeben wäre. Als Endresultat würde sich ergeben, daß der Beklagte beispielsweise um eine Schuld von 100 Mark zu tilgen, zweimal 100 Mark hätte aufwenden müssen. Diese letzten Folgerungen sind offenbar unerträglich und unhaltbar, stellen sich aber notwendig als das Ergebnis jener Auffassung dar, wonach die Forderungen es sind, die aufeinander einwirken, einander tilgen, während die Erklärung nur den bereits bestehenden Rechtszustand klarstellt.

Diese Konstruktion entspricht auch keineswegs dem Gesetz. In § 389 heißt es: Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen als erloschen gelten. Da das Wort Aufrechnung hier

so viel wie Aufrechnungserklärung bedeutet, wird also die Erklärung als Ursache des Erlöschens der Forderungen hingestellt. Wenn ferner wie es doch geschieht, die Rückwirkung kraft einer Fiktion erklärt wird, so folgt daraus, daß das Gesetz nicht auf dem Boden jener oben dargelegten Theorie der bedingten Tilgung steht, da es dann keine Fiktion brauchte. Das Gesetz erklärt also auch die Rückwirkung keineswegs aus der Selbstwirkung der Forderungen. Die eigentliche Grundlage dieser Theorie der Selbstwirkung dürfte in dem lange Zeit fälschlich mit „von selbst" übersetzten Ausdruck ipso jure zu sehen sein. Ipso jure aber dürfte nach richtiger Ansicht mit schon nach jus civile wieder zu geben sein. Nur in Ausnahmefällen bedeutet es von selbst (vgl. S. 22) aber dort ist an einen ganz anderen Gegensatz als an den von Erklärung und Selbstwirkung gedacht. Folgt somit die Rückwirkung nicht aus dem Wesen der Aufrechnung, sondern nur aus jener künstlichen Fiktion des B. G. B., so wird man weniger Bedenken zu haben brauchen, sie einschränkend auszulegen und in Fällen wie dem oben dargestellten ganz auszuschließen. Dies umsomehr, als das Gesetz selbst nicht vollen Ernst mit jener Fiktion macht, vielmehr ausdrücklich in einer Reihe von Fällen die Rückwirkung ausschließt.

So bestimmt § 396 B. G. B., daß bei einer Mehrheit von Forderungen keineswegs eine Partei durch rückwirkende Aufrechnung mit einer älteren Gegenforderung die Aufrechnungserklärung der anderen Partei zunichte machen kann. Sondern es greifen, wenn die Parteien sich nicht einigen, die Grundsätze der Zahlung Platz, sodaß das Alter der Forderungen, die Zeit ihres Gegenübertretens, erst in vierter Linie in Betracht kommt.

Weiter wird jede Rückwirkung der Aufrechnung bei der Zwangsversteigerung bezüglich der Zinsen ausgeschlossen. Der Hypothekar, der das versteigerte Grundstück ersteht, kann zwar mit seiner Forderung gegen die Kaufschuld aufrechnen, aber bis zum Tage der abgegebenen Aufrechnungserklärung werden die Zinsen beider Forderungen getrennt berechnet. Endlich wird in § 263 II Z. P. O. es für unzulässig erklärt, aus der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung einen Schluß auf die Zuständigkeit des Gerichts zu ziehen. Gerade diese Vorschrift

dürfte mehr sein als eine bloße Singularität. Vielmehr dürfte sie, wie dies auch Enneccerus (2 S. 196 Anm. 2) annimmt, der Ausdruck der allgemeinen Erkenntnis sein, daß die Anwendung der Fiktion des § 389 B. G. B. in Bezug auf rein prozessuale Fragen zu gänzlich unhaltbaren Ergebnissen führen müßte.

Als Resultat wäre folgendes kurz zusammen zu fassen: Die Rückwirkung, soweit sie im Einzelfalle überhaupt anzunehmen ist, folgt nicht aus dem Wesen der Aufrechnung; aus dieser Rückwirkung folgt garnichts für eine Selbstwirkung der Forderungen. Die Nichtigkeitslehre kann sich auf diese Rückwirkung nicht berufen.

Aus der bisherigen Erörterung hat sich somit keinesfalls ergeben, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht möglich sei. Aber die Gründe der Gegner sind damit auch nicht erschöpft. Die herrschende Meinung stützt sich neben dem Worte Aufrechnung des § 388 besonders auf den § 389 B. G. B., wo es heißt: Schulden zwei Personen einander Leistungen, so kann jeder aufrechnen. Was das Wort Aufrechnung anbetrifft, so ist darauf nicht allzuviel Gewicht zu legen. Es gibt auch sonst im B. G. B. Fälle, in denen der Name nicht das Rechtsinstitut deckt, für das er geprägt ist, es sei nur an das Wort Unterbrechung der Verjährung erinnert, wo doch die Verjährung nicht nur unterbrochen wird, sondern auch der abgelaufene Teil der Verjährung wirkungslos wird, sowie an den Titel Auftrag und an den gleich folgenden Geschäftsführung ohne Auftrag. Anders aber steht es mit dem zweiten Einwand. Aus den Worten schulden zwei Personen einander Leistungen, scheint in der Tat hervorzugehen, daß nur gegen eine bestehende Schuld aufgerechnet werden kann. Gestützt wird diese Auslegung des § 387 noch durch § 389, wo es heißt, daß die Forderungen soweit sie sich decken als erloschen gelten. Leonhard[1]) ist freilich der Ansicht, daß der Wendung des § 387 keine erhebliche Bedeutung beizumessen sei, daß vielmehr das Gesetz nur den Normalfall, in dem die Aufrechnungserklärung abgegeben zu werden pflege, habe hervorheben wollen. Das Bestehen der Gegenforderung sei zwar psychologisch Voraussetzung

[1]) Archiv für bürgerliches Recht 21 S. 173.

für die Aufrechnungserklärung, aber nicht auch Rechtsbedingung für ihre Gültigkeit. Allein diese Erklärung scheint uns doch nicht befriedigend zu sein. Es soll daher versucht werden, eine andere Erklärung zu geben, die die aufgedeckten Schwierigkeiten beseitigt und zugleich die positiven Gründe enthält, aus denen man meines Erachtens zu einer Bejahung der Frage ob Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zulässig ist, kommen muß.

Wie oben S. 2 gezeigt wurde, sind Zahlung und Aufrechnung juristisch keineswegs gleich zu konstruieren. Ein Rückschluß von dem einen Institut auf das andere ist vielmehr nur insoweit zulässig, als sie ein gleiches Moment enthalten.

Ein solches Moment scheint uns nun die Anerkennung der Forderung des Gegners zu sein,[1]) die sowohl in einer vorbehaltlosen Zahlung als einer vorbehaltlosen Aufrechnung liegt. Wenn jemand vorbehaltlos eine Schuld zahlt, so hat er nur bei irrtümlicher Anerkennung ein Recht zur Rückforderung. Ist er sich bewußt, eine Nichtschuld zu zahlen, und erkennt er damit die Forderung des Gegners an, so ist nach § 814 B. G. B. die Klage auf Rückzahlung ausgeschlossen. Irrt er sich, so ist er eben mangels Anerkennung zur Rückforderung befugt.

Schon den Römern war es geläufig, daß es die Anerkennung sei, welche einer Rückforderung entgegensteht. In lex 64 D. de cond. indeb. 12, 16 wird gesagt, daß ein dem Freigelassenen bezahlter, vor der Freilassung naturaliter geschuldeter Betrag deshalb nicht zurückgefordert werden könne, weil der dominus naturale debitum agnovit.

Daß aber nicht etwa nur ein Anerkennungsvertrag, sondern auch der einseitige Akt der Anerkennung solche Wirkung hat,

---

[1]) Die Auffassung Leonhards Zeitschrift für Handelsrecht 60 S. 574 und Arch. für B. R. 21 S. 202, daß die Tilgungsbestimmung das Wesen des gemeinschaftlichen Moments von Zahlung und Aufrechnung sei, ist vielleicht natürlicher als unsere Auffassnng, wonach es die Anerkennung ist. Aber wenn man sich dieser Auffassung anschließt, kann man meines Erachtens keine befriedigende Erklärung für jene oben erwähnten Stellen der §§ 387/389 geben. Aus diesen Gründen glaubten wir uns der Annahme eines Anerkenntnisses anschließen zu sollen. Die a. a. O. S. 205 gegen die Annahme eines Anerkenntnisses ausgesprochenen Bedenken treffen für unsere Konstruktion der Eventualaufrechnung nicht zu. (Vgl S. 14, 15,S. 12).

zeigt lex 2 cod. ad. Sct. Mac. 4, 28, wonach der aus der väterlichen Gewalt entlassene Haussohn sich nicht mehr auf das Senatuskonsult berufen kann, wenn er jetzt sich durch Novation verpflichtet, vel alias, d. h. anders als durch Vertrag agnovit debitum. Auch unser Reichsrecht kennt solche einseitige Anerkennung und zwar nicht nur im Prozeß, wie das aus § 256 Z. P. O., wonach auf Anerkennung des Bestehens von Rechtsverhältnissen unter bestimmten Voraussetzungen geklagt werden kann, hervorgeht, sondern auch für das materielle Recht. So in den §§ 371 Satz 2, 782 und 1598 Abs. 3 Satz 2, wonach die Anerkennung der Ehelichkeit in einer Verfügung von Todeswegen erfolgen kann. Auch im Falle des § 813 muß aber einseitige, nicht vertragsmäßige Anerkennung genügen. Wollte man dies nicht annehmen, so verlöre der Irrtum als erhebliches Moment bei der Bereicherungsklage seine ganze Bedeutung. Denn es brauchte dann derjenige, der eine Nichtschuld bewußt zahlte, niemals zu fürchten, daß ihm der Einwand des § 814 entgegen gehalten werde, sofern er nur nicht einen schriftlichen Anerkenntnisvertrag schlösse.

Daraus ergibt sich, daß § 781 B. G. B., wonach zur Gültigkeit eines Schuldanerkenntnisses Schriftform erforderlich ist, nicht der Annahme eines vollwirksamen einseitigen Anerkenntnisses entgegensteht. Da nun aber wie in einer vorbehaltlosen Zahlung, so auch in einer vorbehaltlosen Aufrechnung jene Anerkennung enthalten ist, so kann ebenso, wie auf eine nichtbestehende Schuld hin eine wirksame Zahlung erfolgen kann, unter denselben Voraussetzungen wie dort, auch gegen eine nichtbestehende Schuld aufgerechnet werden. Ebenso wie eine vorbehaltlose Zahlung gegenüber einem erhobenen Klageanspruch einen unbedingt durchschlagenden Einwand gibt, muß dies auch von der unbedingt erklärten Aufrechnung gelten. Oder sollte dies etwa nur von der Aufrechnung gegenüber einem zweifellos bestehenden Anspruch, nicht vielmehr auch von der Aufrechnung gegenüber einem Anspruch gelten, dessen Bestehen ungewiß ist? Wollte man nicht annehmen, daß auch gegenüber einer Nichtschuld aufgerechnet werden könnte, so käme man dahin, dem Beklagten um des hypothetischen Nichtbestehens der Klageforde-

rung, also eines Umstandes, der erst recht völlige Klageabweisung rechtfertigen würde, Schwierigkeiten zu machen. Der Beklagte müßte schließlich, um sofortige Klageabweisung auf Grund der Aufrechnung zu erzielen, erst die Klageforderung beweisen! Diese Erwägungen sind so einleuchtend, daß selbst Oertmann, einer der Hauptvertreter der Nichtigkeitslehre, hier im Prozeß die Möglichkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zugibt. (Aufrechnung im deutschen Zivilprozeß S. 291.) Oertmann begründet diese seine Stellungnahme mit der einseitigen Wirksamkeit des prozessualen Anerkenntnisses. Allein sollte etwas anderes gelten, wenn der Beklagte schon außerhalb des Prozesses aufrechnet und im Prozesse sich nur auf diese bereits geschehene Aufrechnung beruft? Aus unserer Annahme eines Anerkenntnisses folgt nun keineswegs, daß die eventuelle Aufrechnung auch im Prozeß schlechthin zu verwerfen sei, weil wegen der Unmöglichkeit eines bedingten Anerkenntnisses dieses hier überhaupt noch fehle, mithin überhaupt noch keine Aufrechnung vorhanden sei. Vielmehr ist daraus nur zu folgern, daß noch keine Aufrechnung vorliegt, solange die Bedingung, von der der Kompensant seine Erklärung abhängig macht, noch nicht eingetreten ist. Diese Folgerung ist aber durchaus unbedenklich und gerechtfertigt. Das weitere Bedenken, daß niemand eine Schuld unter der Bedingung, daß sie besteht anerkennen könne, eine solche Erklärung vielmehr ein Nichts sei, trifft unsere Konstruktion der Eventualaufrechnung nicht. Denn wie unten S. 14—15 gezeigt werden wird, macht der Beklagte seine Aufrechnungserklärung in Wahrheit keineswegs von dem Bestehen der Klageforderung abhängig, sondern davon, ob sie dem Richter, einem Dritten also, als bewiesen erscheinen wird.

Wenn wir somit nachgewiesen haben, daß es sehr wohl möglich ist, gegen eine Nichtschuld aufzurechnen, so entfällt damit die Hauptstütze der herrschenden Meinung, wonach es sich bei der Eventualaufrechnung nur um eine Hervorhebung der gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung handelt. Weiter aber ist gegen die herrschende Meinung zu sagen, daß andererseits das Bestehen der Gegenforderung keineswegs zum Zustande-

kommen einer Aufrechnung immer ausreicht. So z. B. wenn bei Vorliegen des ges. Güterstandes das Bestehen einer Frauenschuld festgestellt ist, und der Mann in dem Prozeß auf Duldung der Zwangsvollstreckung eventuell aufrechnen wollte. Denn es ist ja zweifellos, daß die Forderung gegen die Frau besteht und deshalb der Mann sehr wohl in Ausübung der durch § 1376 Abs. 2 ihm verliehenen Befugnis unbedingt aufrechnen könnte, weshalb in diesem Falle seine Worte nicht dahin ausgedeutet werden können: ich rechne auf, falls ich aufrechnen kann. Nun heißt es allerdings im § 1376 Abs. 2 B. G. B.: Der Mann kann Forderungen der Frau, deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann, aufrechnen, und man könnte sagen, es stehe ja noch nicht fest, daß das Eingebrachte hafte, mithin daß der Mann aufrechnen könne. Allein da das Eingebrachte für Schulden der Frau, die mit Zustimmung des Mannes aufgenommen sind, haftet, in einer unbedingten Aufrechnungserklärung aber jene Zustimmung als enthalten anzusehen wäre, (so Wolff, Familienrecht S. 186, Planck-Unzner 3 zu 1376) so würde eben durch die Aufrechnung die Schuld der Frau zu einer Vollschuld werden, der gegenüber der Mann aufrechnen könnte.

Außerdem dürfte es auch deshalb verkehrt sein, in dem Worte eventuell nur eine condicio legis zu sehen, weil eine solche auch dann wirken würde, wenn die Partei sie nicht vorbrächte; die Partei müßte also ohne Schaden den Zusatz, der die Eventualaufrechnung von der einfachen Aufrechnung unterscheidet, weglassen können. Da dies aber zweifellos nicht der Fall ist, dürfte damit die Unhaltbarkeit dieser ersten Konstruktion unbedingt sicher nachgewiesen sein.

Naheliegend wäre auch folgende Erklärung: Der Beklagte rechnet unbedingt auf, verwahrt sich aber ausdrücklich dagegen, daß seine Aufrechnung als Anerkennung der Forderung des Klägers gedeutet würde. Allein eine solche Willenserklärung enthielte einen Widerspruch in sich selbst. Zwar sind auch wir der Ansicht, daß in einer unbedingten Aufrechnungserklärung eine Anerkennung der Forderung des Gegners enthalten ist, daß eben diese Anerkennung bei der eventuellen Aufrechnung zunächst fehlt; unmöglich aber scheint uns diese Verbindung

von unbedingter Aufrechnung mit gleichzeitigem Bestreiten der Gegenforderung zu sein. Sehr leicht nachzuweisen ist dies, wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld unwirksam sei. Nimmt man dies an, so erfordert jede wirksame Aufrechnung das Bestehen einer Forderung, der gegenüber aufgerechnet werden kann. Wenn nun jemand behauptet, eine gültige Aufrechnungserklärung abgegeben zu haben, so behauptet er damit nicht nur, daß seine eigene Gegenforderung bestanden hat, sondern auch, daß die Forderung, der gegenüber die Aufrechnung erfolgte, bis dahin Bestand hatte. Wenn er dann in demselben Augenblick erklärt: Ich bestreite, daß die Klageforderung jemals bestanden hat, so wäre das widerspruchsvoll. Anders wäre es, wenn etwa in der Erklärung zum Ausdruck gebracht würde, daß das Zustandekommen der Aufrechnung erst in der Zukunft liegen solle.

Aber selbst wenn wir von diesen logischen Erwägungen absehen, die auch deshalb nicht ausreichen, weil wie wir nachgewiesen hatten, in Wahrheit auch gegen eine Nichtschuld aufgerechnet werden kann, wäre es auch zum mindesten immer noch zweifelhaft, ob der Gläubiger sich eine solche Vorbehaltsaufrechnung, die ihm doch nicht dasselbe geben würde, wie eine Aufrechnung unter Anerkennung der Klageforderung, gefallen lassen müßte. Es dürfte mit einer solchen Deutung auch dem Interesse des Beklagten nicht gedient sein. Es würde meines Erachtens mit der Annahme, er rechne unbedingt auf, ein Plus in seine Erklärung hineingetragen, das er wohl kaum zum Ausdruck bringen wollte. Gerade bei der Eventualaufrechnung ist aber die Frage nach der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien mit Rücksicht auf ihr Interesse besonders sorgsam zu prüfen, denn die Frage der Eventualaufrechnung enthält auch in diesem Sinne ein Auslegungsproblem. Gehen wir deshalb von dem Wortlaut einer typischen Eventualaufrechnungserklärung aus, um ihren Sinn zu finden: Der Beklagte erklärt: Ich bestreite, daß ich fahrlässig eine Körperverletzung verursacht habe, eventuell rechne ich auf, so könnte es zunächst so scheinen, als ob von etwas Vergangenem, nämlich der Frage, ob der

Beklagte schuldhaft gehandelt habe oder nicht, die Aufrechnung abhängig gemacht werden solle. Allein dies dürfte dem Sinne jener Erklärung in mehrfacher Hinsicht nicht entsprechen. Zunächst sollte die Aufrechnung doch wohl kaum von der Tatsache ob Verschulden in Wahrheit vorlag, abhängig gemacht werden, sondern davon, ob es dem Kläger glücken würde, dem Richter die Überzeugung davon beizubringen, mit anderen Worten einen Beweis zu liefern. Denn angenommen, der Beklagte habe fahrlässig gehandelt, es könne ihm dies aber nicht bewiesen werden, so wäre es durchaus wahrscheinlich, daß er sich nicht im geringsten zur Aufrechnung veranlaßt fühlen würde. Andererseits es werde festgestellt, daß keinerlei Verschulden vorgelegen habe, eine Haftung des Beklagten aber etwa als Tierhalter bestehe, so würde er sicher durch Aufrechnung sein Unterliegen zu verhüten suchen. Somit ergibt sich der Sinn der Erklärung dahin: Der Beklagte will aufrechnen, falls es dem Kläger gelingen sollte, Tatsachen zu beweisen, die, von der Aufrechnung abgesehen, zu einem Unterliegen im Prozeß führen müßten. Es handelt sich also hiernach bei jener Erklärung des Beklagten um eine wirkliche Bedingung, das heißt es wird der Eintritt der Folgen jener bereits jetzt vollzogenen Erklärung von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht.[1]) Nun könnte es so scheinen, als ob damit dem Einwande schon in prozessual unzulässiger Weise eine auf den Ausgang des Prozesses gestellte Bedingung beigefügt werde, daß damit also auch der Einwand selbst, der doch nach § 278 Z. P. O. bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, in den Streit und damit in die richterliche Prüfung einzuführen war, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, als vorgebracht anzusehen sei. Allein die mündliche Verhandlung ist in jenem Moment des Wirksamwerdens der abgegebenen Aufrechnungserklärung noch nicht als abgeschlossen anzusehen. Der Richter schließt die mündliche Verhandlung erst dann, wenn er

---

[1]) Aehnlich Busch, vgl. „Schulung" S. 417 Oetker J. L. Bl. 98 Nr. 100; Leonhard, Aufrechnung Arch. für B. R. 02, Bd. 21 S. 187/88; dagegen freilich Stölzel, mit meines Erachtens nicht durchschlagenden Gründen, „Schulung" S. 336/58.

den gesamten vorgebrachten und für die Entscheidung erheblichen Prozeßstoff berücksichtigt und daraufhin sich eine Überzeugung von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Klagforderung gebildet hat. Wollte er seinen Urteilsspruch fällen ohne Rücksicht auf das Aufrechnungsvorbringen, so würde er bewußt seiner Entscheidung nur einen Teil des ordnungsmäßig vorgebrachten Prozeßstoffs zugrunde legen. Dies Bedenken wäre somit hinfällig Dagegen ist damit das Bedenken wegen des Bedingungsverbots des § 388 B. G. B. nicht im geringsten beseitigt; dieses Bedingungsverbot scheint vielmehr dazu zu nötigen, die Aufrechnungserklärung für ungültig zu erklären. (So in der Tat für diesen Fall Weigelin Recht zur Aufrechnung S. 137).

§ 3.

Kritik der Theorien, die ausgehend von der Natur der Eventualaufrechnung als wahrhaft bedingter Erklärung ihre Zulässigkeit zu beweisen suchen, insbesondere der Theorie der reinen Prozeßaufrechnung.

Allein, obwohl wir nachgewiesen hatten, daß das Wort „eventuell" eine wirkliche Bedingung enthält, könnte man ausgehend von der besonderen Natur jener bedingten Erklärung als Prozeßakt versuchen, sie als von einer condicio in praesens abhängig gemacht zu konstruieren.

Unser Zivilprozeß beruht im allgemeinen auf dem Prinzip der Einheit der mündlichen Verhandlung und deshalb gibt es im Prozeß kein Früher kein Später für die richterliche Erwägung. Alles was eine Partei einmal vorgebracht hat, das gilt, soweit es nicht später abgeändert oder widerrufen wird, als stets wiederholt und gleichzeitig vorgebracht und auf Grund dieses als Einheit gedachten Prozeßstoffs fällt der Richter die Entscheidung. Das gesprochene Wort gewinnt also gleichsam Dauer als ob es unablässig wiederholt würde. Man könnte sich nun denken, daß der Beklagte dauernd fragte, nach jedem Akt der Beweisaufnahme: Ist jetzt der Klaganspruch bewiesen? Für diesen Fall rechne ich jetzt unbedingt auf.[1]) Wenn man also annimmt, daß die eventuelle Aufrechnung zunächst unwirksam sei

---

[1]) Ähnlich Kohler, Busch Z. Z. P. 20, S. 15.

auch ferner unwirksam bleibe, so müßte sich, wenn der letzte Akt der Beweiserhebung erfolgt wäre, dann jene vorläufige Erklärung in eine endgültige, jetzt unbedingte verwandeln, die Aufrechnung würde sich dann sofort endgültig vollziehen.

Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß es willkürlich ist, eine auf einmalige Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung als fortgesetzte zu behandeln. Zeitlos sind außerdem im Prozeß im allgemeinen nur diejenigen Parteierklärungen, die sich unmittelbar an den Richter wenden und damit Prozeßstoff in dem Sinne werden, daß der Richter auf Grund derselben unmittelbar zu erkennen hat. Die Aufrechnungserklärung wendet sich aber nur an den Gegner, an den Richter überhaupt nicht; dem Richter wird nur Kenntnis von jenem Rechtsgeschäft gegeben, indem man sich einredeweise darauf beruft. Nur das Berufen auf die bereits materiell vollzogene Rechtsänderung ist Prozeßakt. Daß im vorliegenden Falle beides in einer Erklärung geschieht, ändert daran nichts. Diese Theorie ist mithin unbrauchbar.

Man könnte die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung aus positivrechtlichen Bestimmungen folgern wollen. So aus § 209 B. G. B., wonach die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung die Verjährung unterbricht. Da eine vollgültige Aufrechnung den Anspruch vernichten würde, sodaß für eine weitere Verjährung des Anspruchs kein Raum mehr bleiben würde, scheint § 209 B. G. B. eine noch nicht vollwirksame Aufrechnung zu unterstellen. Wenn nun aber weiter gefolgert wird, daß, weil der Hauptfall einer noch nicht vollwirksamen Aufrechnung die eventuelle sei und wenn § 209 sich nicht auf diese mitbezöge, er praktisch jede Bedeutung verlieren würde,[1]) so ist dazu zu sagen, daß diese Beweisführung doch auf recht schwachen Füßen steht. Es gibt viele Paragraphen des B. G. B., die einen recht beschränkten Wirkungskreis haben. Insofern davon ausgegangen wird, daß der Hauptfall einer noch nicht vollwirksamen Aufrechnung die eventuelle sei, muß man sagen, daß es sich geradezu um eine „petitio principii“ handelt. Denn wenn man die Gültigkeit eines Instituts beweisen will, darf man nicht da-

[1]) Rehbein II. S. 351, Schollmeyer zu § 388 B. G. B., ähnlich auch Siber.

von ausgehen, daß es den Hauptfall bildet. Man sieht wie wenig diese Konstruktion gegenüber einer Vorschrift wie der des § 388 B. G. B. verschlägt.

Auch aus § 145 Z. P. O. dürfte die Gültigkeit der Eventualaufrechnung kaum zu folgern sein. Denn obschon § 145 eine Aufrechnung voraussetzt, ohne daß die Klagforderung unstreitig ist, so folgt daraus nicht zwingend, daß es sich dabei nur um eine Eventualaufrechnung handeln kann.

Ebensowenig dürfte aus § 54 Abs. 3. K. O. unmittelbar etwas für die Lösung des Problems zu folgern sein. Denn der fragliche Absatz 3 sagt doch nur, daß ein Gläubiger, der einerseits an die Konkursmasse eine Schuld zu zahlen hat, andererseits eine aufschiebend bedingte Forderung an dieselbe Masse besitzt, Sicherheit verlangen kann, um bei Eintritt der Bedingung sich auch wirklich durch Aufrechnung befriedigen zu können. Sollte man aber wirklich annehmen, daß damit indirekt die Zulässigkeit einer vor Eintritt jener Bedingung erfolgten, an den Eintritt eines noch ungewissen Tatbestandes geknüpften Aufrechnungserklärung ausgesprochen sei, (so Endemann Lehrbuch S. 840) so würde meines Erachtens aus dieser Regelung keineswegs ein Schluß für die allgemeine Zulässigkeit einer derartigen Aufrechnungserklärung zu ziehen sein, sondern gerade dagegen. Denn daraus, daß man überhaupt eine solche Vorschrift für den Konkursgläubiger gegeben hätte, würde folgen, daß nach dem Rechte des B. G. B. in diesem Falle eine Aufrechnung ausgeschlossen wäre.

Nach der Ansicht Thons (Dog. Jahrb. 60, S. 771), der sich auch der Kommentar von Staudinger § 388 anschließt, ist nicht die Aufrechnung, sondern die Ermächtigung des Richters die Aufrechnung zu vollziehen, an eine Bedingung geknüpft Sie erscheint gekünstelt und führt in der Mehrzahl aller vorkommenden Fälle in Wahrheit wieder zu einer gerichtlichen Kompensation, die doch durch das B. G. B. beseitigt werden sollte.

Eine in mancher Hinsicht neue Theorie hat Oertmann (Aufrechnung im deutschen Zivilprozeß S. 271) aufgestellt. Er ist der Ansicht, daß sich die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung

ıus dem Wesen der Prozeßaufrechnung, die kein privatrechtlicher Ikt sei und daher auch nicht unter privatrechtlichen Gültigkeits-bedingungen stehe, ergibt. Ohne weiteres ist jedoch nicht ein-zusehen, wie die Aufrechnungserklärung dadurch, daß sie im Prozeß erfolgt, die Schranken, die das Privatrecht ihrer Gül-igkeit auferlegt, sollte durchbrechen können. Oertmann sucht deshalb seine Ansicht durch positive Vorschriften, in erster Linie die §§ 209, 215, B. G. B. zu stützen. Er sagt jedoch nicht, § 215 könne nur auf den Fall der Eventualaufrechnung ge-münzt sein, da er ohne diesen „Hauptfall“ keine Bedeutung haben würde, zieht also nicht den Schluß, der oben S. 17/18 gelegentlich der Besprechung des § 209 widerlegt wurde, sondern er will zunächst hieraus nur folgern, daß es neben dem im § 388 B. G. B. normierten Rechtsgeschäft der Aufrechnung, wo die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber der anderen Partei erfolgt, noch ein besonderes Institut der Prozeßaufrech-nung geben müsse, das ohne weiteres materiellrechtliche Wir-kungen nicht nach sich ziehe, auch jederzeit während des Pro-zesses noch widerruflich sei. Nach § 215 B. G. B. dauert die Unterbrechung der Verjährung durch Geltendmachung der Auf-rechnung im Prozeß fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschie-den — erledigt ist. Nach Absatz 2 gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des An-spruchs erhoben wird. Aus diesen Vorschriften erkennt man, daß hier trotz „erfolgter Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß“ die materiellrechtliche Wirkung, das heißt Tilgung der einander gegenüberstehenden Forderungen noch nicht eingetreten sein kann. Denn wäre sie es, so könnte doch von einer wieder-einsetzenden Verjährung dieser getilgten Forderung nicht mehr die Rede sein. Es könnte demnach so scheinen, und auf diese Folgerung stützt Oertmann seine Theorie, (a. a. O. S. 47) als ob man gezwungen wäre, die Vorschriften der §§ 209 Ziffer 3 und 215 entweder auf den Fall einer bedingten Aufrechnung zu deu-ten, was eben wegen § 388 B. G. B. sein Bedenken hat, oder ein Institut der Prozeßaufrechnung anzuerkennen, das als ein rein prozessualer Tatbestand von der Vorschrift des § 388 B. G. B.

natürlich nicht getroffen würde. Diese Beweisführung besticht zunächst. Aber uns scheint dieses entweder—oder hier nicht am Platze zu sein. Denn die Vorschrift des § 215 behält, auch wenn man von jener Alternative absieht, sehr wohl ihren Sinn: Zunächst ganz einfach für die Fälle, wo der Gegenanspruch sich in Wahrheit nicht gegen den Kläger richtet. Klägerin sei eine offene Handelsgesellschaft; der Beklagte X hat eine Privatforderung gegen den Gesellschafter A; es herrscht Streit darüber: ob X der Schuldner der offenen Handelsgesellschaft oder des A ist. Er rechnet dem A gegenüber auf. Im Laufe des Prozesses wird entschieden, daß die Forderung gegen X der offenen Handelsgesellschaft zustand, die erklärte Aufrechnung mithin nach § 719 Abs. 2 B. G. B. ungültig war, dann würde nach Beendigung des Prozesses die Verjährung der aufgerechneten Forderung weiterlaufen.

Genau dasselbe würde im folgenden Falle gelten:

Ein Kaufmann hat einen Anspruch auf Lieferung von Waren gegen B, dem seinerseits von früher her noch eine Geldforderung gegen A zusteht, an C abgetreten. B kommt in Verzug, die Forderung auf Lieferung der Waren verwandelt sich in einen Schadenersatzanspruch. B rechnet C gegenüber auf; im Laufe des Prozesses stellt sich heraus, daß die Umwandlung des Anspruchs auf Lieferung von Waren erst nach der Abtretung erfolgt, die Aufrechnung also nicht möglich ist, da sich ja in keinem Zeitpunkt zwei gleichartige Forderungen gegenüberstanden. Oder ein Erbe rechnet gegen einen anscheinend aus einer fahrlässigen Handlung des Erblassers entstandenen Ersatzanspruch auf, es ergibt sich, daß die unerlaubte Handlung vorsätzlich begangen war, Aufrechnung mithin nach § 393 B. G. B. nicht zustande gekommen ist; desgleichen wenn man annehmen wollte, daß deshalb keine Aufrechnung stattfinden könnte, weil mangels einer schuldhaften Handlung seines Erblassers überhaupt kein gültiger Anspruch bestand (nach der h. M. keine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld). Es dürfte vielleicht auch noch der Fall dahin zu rechnen sein, daß die zur Aufrechnung gegen einen Klaganspruch von unbestimmter Höhe verwandte Forderung in Wahrheit größer war, bezüglich der Unterbrechung der

Verjährung des überschießenden Teils. In allen diesen Fällen wo unbedingte Aufrechnungserklärungen abgegeben wurden, eine Aufrechnung aber gleichwohl nicht zustande kam, würden die Gläubiger, die in dem Glauben ihre Forderung bereits verwertet, sich durch Aufrechnung befriedigt zu haben, möglicherweise bei langer Dauer des Prozesses die Verjährungsfrist hätten verstreichen lassen, ohne eine Vorschrift wie die des § 215 B. G. B., unter Umständen auf das Empfindlichste geschädigt. Man braucht § 215 also durchaus nicht auf die Eventualaufrechnung zu deuten, sein Anwendungsgebiet ist auch ohne das groß genug[1]). Damit ist nun nachgewiesen, daß jene Alternative, auf die Oertmann seine Theorie stützt, in Wahrheit nicht besteht, daß sich aus § 215 nichts für jene These der reinen Prozeßaufrechnung herleiten läßt.

Ein besonders gewichtiger Grund gegen die Annahme eines besonderen Instituts der Prozeßaufrechnung dürfte sich aus der Geschichte der Kompensation ergeben. Um hier sichere Schlüsse ziehen zu können, ist eine eingehendere Untersuchung des Rechtszustandes vor dem Inkrafttreten des B. G. B. unter Berücksichtigung der römischen Quellen unerläßlich. Allerdings ist die Geschichte der Kompensation nur insoweit heranzuziehen, als sich daraus Schlüsse für oder gegen einen außerprozessualen Kompensationsvollzug, eben unser Beweisthema ergeben. Und hier wieder müssen wir uns darauf beschränken, die leitenden Gesichtspunkte hervorzuheben, einige besonders bedeutsame Stellen des corpus iuris heranzuziehen. Solche beweiskräftigen Stellen sind die l. 12 cod. de comp. 4, 31 und die l. 4 D. de comp. 16, 2. Die erste Stelle lautet: invicim debiti compensatione habita, si quid amplius debeas solvens, vel accipere nolente creditore offerens et consignatum deponens de pignoribus agere potes. Hier wird ganz unzweideutig gesagt, daß die Aufrechnung vollzogen ist, compensatione habita, bevor es zum Prozeß gekommen ist. Der Schuldner kann nunmehr auf Grund dieser bereits vollzogenen Aufrechnung auf Freigabe der gestellten Pfänder klagen. Nicht ganz so beweiskräftig ist die zweite Stelle, welche von Paulus stammt. Sie

[1]) Vgl. Enneccerus Lehrb. I. § 216 II. 3.

lautet: verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure[1]) minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, cum totum peto ex reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur in maiorem quatitatem, quam reus condemnari potest. Zwar ist wie Leonhard nachgewiesen hat, (Auf=S. 30 ff.) der von dem Glossator Accursius erhobene Einwand, daß diese Stelle nur prozessuale Bedeutung habe, also für das materielle Recht keine Schlüsse aus ihr zu ziehen seien, unbegründet. Auch läßt sich der scheinbare Widerspruch zwischen der l. 4. und der l. 5. eod. am besten durch die Annahme erklären, daß im zweiten Falle die Tätigkeit, welche in l. 5. der Bürge ausüben muß, um sich gegen die eingeforderte Schuld zu verteidigen, eben das compensare bereits erfolgt ist. Das erkennt man bei einer Gegenüberstellung der maßgebenden Worte; dort heißt es: si quid a fideiussore petetur, hier: ipso jure minus debet. Der Bürge braucht deshalb keine Aufrechnungserklärung mehr abzugeben, weil dies der Hauptschuldner bereits getan und damit die Hauptschuld um die Gegenforderung gemindert hat. Infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft kann nun der Bürge nur insoweit in Anspruch genommen werden, als ein gültiger Hauptanspruch besteht. Nicht mit Sicherheit geht aber aus der Stelle hervor, daß es sich dabei um eine außerprozessuale Aufrechnungserklärung des Hauptschuldners gehandelt hat. Nicht ganz ausgeschlossen wäre die Möglichkeit, daß zunächst der Hauptschuldner vor dem Bürgen verklagt wurde und eine prozessuale Aufrechnungserklärung abgab. Absolut beweiskräftig wäre jene Stelle nur, wenn ausgesprochen würde, daß in beiden Fällen ein selbstschuldnerischer Bürge vor Inanspruchnahme des Hauptschuldners belangt werde. Immerhin aber muß man sagen, daß eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß in der l. 4. der Schriftsteller von der Annahme einer außerprozessual vollzogenen Aufrechnungserklärung ausgeht. Jedenfalls aber bleibt die erste durchaus zweifelsfreie Stelle. Außerdem finden wir noch eine ganze Reihe von Stellen,

---

[1]) ipso jure dürfte hier einmal, im Gegensatz zu anderen Stellen, wo es soviel wie „schon nach ius civile" bedeutet, mit von selbst zu übersetzen sein.

die von einer außerprozessualen Aufrechnungserklärung ausgehen und so ziemlich alle Perioden der römischen Rechtsgeschichte umfassen. Als ein Zeugnis für die Zeit vor Caius kann die oben schon angeführte l. 4. d. h. t. herangezogen werden; in ihr wird nämlich anfangs gesagt, daß auch Neratius, der unter Kaiser Domitian also etwa 79/90 post lebte, jener Ansicht gewesen sei. Zahlreiche Stellen für unsere Ansicht finden sich aus der Zeit der klassischen Juristen. So l. 16 pr. d. h. t. si debitor . . . vult compensare . . . non audietur. Hier verlegt Papinian, wie das Futurum beweist, die Aufrechnung zeitlich vor den Prozeß. Ferner die l. 26 de probat. 22, 3 und eine Stelle von Paulus l. 20 § 2 D. 40, 7.

Nun könnte man einwenden, selbst wenn nach diesen Stellen es feststehe, daß es eine außerprozessuale Aufrechnung gegeben habe, so folge daraus noch nicht, daß es sich dabei um eine einseitige Erklärung gehandelt habe, nicht vielmehr um einen Kompensationsvortrag. Allein für einen synallagmatischen Kompensationsvertrag lassen sich keine Quellenstellen anführen. So ist in l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14 zwar von einem Vertrage die Rede, aber nicht von einem Kompensationsvertrage; und in l. 51 pr. eod. ist zwar gesagt, daß ein Gläubiger, der irrtümlich glaubt, seinem Schuldner seinerseits ein Vermächtnis zu schulden und aus diesem Grunde hinsichtlich seiner Forderung ein pactum de non petendo schließt, gleichwohl noch gegen seinen Schuldner, der weder nach ius civile befreit werde, noch eine exceptio gewinne, vorgehen könne. Nicht gesagt ist aber, daß auch betreffs der angeblichen Vermächtnisforderung des Schuldners ein pactum de non petendo geschlossen worden sei. Vielmehr dürfte der angebliche Vermächtnisgläubiger jenen Erlaß in solutum des Legats bekommen haben. In l. 51 § 1 D. eod. endlich, kann deswegen keine Kompensation vorliegen, weil die Forderungen nicht gegenseitig sind. Ähnliches gilt auch von anderen Stellen. Für einen synallagmatischen Kompensationsvertrag lassen sich also keine Belege bringen. Aber es bestände doch die Möglichkeit, daß man durch zwei selbständige Geschäfte etwa zwei Acceptilationen den Aufrechnungserfolg herbeigeführt hätte. Allein compensatio

ist, wie l. 1 D. 2, 14 definiert, debiti et crediti inter se contributio. Zwei von einander unabhängige Tilgungsgeschäfte wären also noch keine Kompensation. Auch haben wir keinerlei Zeugnis dafür, daß eine solche äußerliche Verbindung zweier Erlaßverträge in Rom üblich gewesen sei. Wenn wir somit nun nachgewiesen hätten, daß ein Aufrechnungsvertrag dem römischen Recht unbekannt war, so ist man gezwungen, anzunehmen, daß in den oben erörterten Stellen durch eine einseitige außerprozessuale Erklärung der Aufrechnungserfolg herbeigeführt wurde. Eine solche einseitige Aufrechnung war ferner in allen Fällen möglich, wie die Wendung ex omni contractu zeigt. Aber wir glauben, und damit kommen wir zu dem, was wir eigentlich beweisen wollen, daß man noch einen Schritt weitergehen muß, daß nämlich schon nach römischem Recht jenes außerprozessuale Rechtsgeschäft der Aufrechnung die einzig mögliche Art der Aufrechnung war. Daß ferner, auch wenn die Aufrechnung im Prozeß erfolgte, es sich hier doch um das Rechtsgeschäft der Aufrechnung handelte, der Richter nur die schon vollzogene Aufrechnung feststellte. Dies ist besonders bestritten für die ältere Zeit. Aber gerade in dem damals herrschenden Legisaktionenprozeß dürfte es innerhalb des Prozesses in alter Zeit nicht einmal eine Aufrechnung durch die Parteien mehr gegeben haben. Denn Einreden waren in diesem Prozeß noch wirkungslos. Vielmehr mußte der Beklagte der Behauptung des Klägers kontradiktorisch widersprechen. Dies konnte er aber nur, wenn er bereits außerprozessual die Aufrechnung vollzogen hatte. Daß aber der Richter auch schon in dieser Zeit die Kompensation nicht vollzieht, dürfte aus der Wendung deducetur neque debebitur, die an vielen Stellen, so in Catos de agricultura c. 144 gebraucht wird und von der Tätigkeit der Partei handelt, zu schließen sein. Ein so bestimmter Ausdruck, wie es wird abgezogen werden, ist nur berechtigt, wenn ein Rechtszwang außergerichtlich schon zu kompensieren bestand. Weil derjenige, der seine Gegenforderung in dem anhängigen Prozeß zur Geltung bringen will, kompensieren muß, deshalb wird er es tun. Auch nach der Einführung der Formula trat in dem bestehenden Rechtszustand im allgemeinen keine Änderung ein.

Daß hier wirklich ein Zwang zur außergerichtlichen Kompensation bestand, lehrt so klar wie nur möglich ein Ausspruch der receptae sententiae des Paulus, der uns durch das breviarium Alarici II 5, 3 überliefert worden ist: Compensatio debiti paris speciei et ex causa dispari admittitur: veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum aut cetera huiusmodi licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes, si totum petas, plus petendo causa cadis. Debes compensare, du mußt kompensieren oder abziehen. Das Wort admittere compensationen und denegare andererseits, spricht nicht gegen uns; es ist nirgends gesagt, daß es sich dabei um eine Tätigkeit des Richters handelt. Es ist vielmehr anzunehmen, daß admittere die Entscheidung des Prätors bedeutet, der der Kompensation schon in jure zur Wirksamkeit verhilft. Von dem Richter wird regelmäßig [1]) der Ausdruck compensationis rationem habere gebraucht. Nach dem Sprachgebrauch der Quellen bedeutet dies „rationem habere" die Tätigkeit, durch welche rechtliche Schlüsse aus der compensatio iam facta gezogen werden. Er schenkt in seinem Urteil einer vollendeten Tatsache Beachtung, nicht etwa nimmt er die Aufrechnung selbst vor. Gegenüber einer Stelle wie l. 1 § 4 de contr. tutore 27, 4, die lautet: erit arbitrii eius utrum compensare an petere velit, sumptus ..... quid ergo si judex compensationis eius rationem non habuit? Sollte man doch eigentlich nicht bezweifeln, daß die Aufrechnung der Partei und nicht dem Richter zusteht. Die Tätigkeit der Partei und die des Richters werden hier gegenüber gestellt. Der Beklagte vollzieht die Aufrechnung, der Richter nimmt nur darauf Rücksicht.

Demgemäß stand auch die Praxis des gemeinen Rechts, wenigstens soweit es sich um die höheren Instanzen handelt, fast einmütig auf dem Standpunkt, daß die Aufrechnungserklärung der Partei das Erlöschen der einander gegenüberstehenden Forderungen bewirke. Der Richter vollzieht nicht die Aufrechnung, sondern stellt nur die eingetretene zu Unrecht ge-

---

1) So in lex 7 § 1 d. h. t.; l. 7 § 2 de neg. 3, 5; l. 1 § 4 D. de contr. tut. 27, 4; Cai Inst. 4, 63; 4, 61.

leugnete fest. So R. G. E. 11 S. 119 ff. Hier werden auch eine ganze Anzahl von Entscheidungen der obersten Gerichte in Berlin, München, Dresden, Stuttgart, Rostock und Lübeck aufgeführt, die alle auf demselben Standpunkt stehen. Die in der Theorie vertretene Ansicht, die Aufrechnung vollziehe sich mangels der Einwilligung des Gläubigers erst durch das die Forderung auf Grund der Aufrechnungseinrede abweisende Urteil,[1]) ist in keiner Weise in das B. G. B. übergegangen. Vielmehr stellt sich das B. G. B. im § 388 unzweideutig und ausnahmslos auf den Standpunkt der gemeinrechtlichen Praktiker, der wie wir darzulegen versuchten, auch der Standpunkt der römischen Quellen ist. Die Theorie eines besonderen Instituts der Prozeßaufrechnung wäre aber im Grunde genommen nur eine einschränkende Modifikation jenes in der gemeinrechtlichen Theorie vertretenen, vom B. G. B. aber abgelehnten Standpunktes. Wenn endlich die Motive zum B. G. B.[2]) erklären, daß natürlich die Aufrechnung auch im Prozeß erfolgen könne, so handelt es sich nach Ansicht der Motive dabei doch um die Erklärung des § 388 Satz 1. Satz 1 ist demnach, was schon der Wortlaut nahelegt, zu lesen: die Aufrechnung erfolgt nur durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

Wenn sich somit die Annahme eines besonderen Instituts der Prozeßaufrechnung nicht als haltbar erwiesen hat, aus ihr somit auch nicht die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung zu folgern ist, so könnte man endlich doch sagen: § 388 habe nur langdauernde Bedingungen treffen wollen, im Prozeß aber entscheide sich ja in kurzer Zeit jene Frage, von der die Aufrechnung abhängig gemacht worden sei. Allein eine solche Unterscheidung ist dem § 388 fremd, und andererseits ist es auch nicht richtig, daß im Prozeß, der sich ja monatelang hinziehen kann, eine rasche Entscheidung fallen muß.

Auf noch eine besondere Weise könnte man schließlich versuchen, die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung zu erklären. Der Aufrechnungsgegner wird in der Regel der eventuellen

---

[1]) Windscheid Pand. 5. Aufl. Bd. II, S. 327; Dernburg Komp. S. 580; Preußisches Privatrecht Bd. II, S. 109; Eisele Komp. S. 385.

[2]) Bd. II, S. 108 ff.

Aufrechnung nicht ausdrücklich widersprechen. Liegt damit nun eine vertragsmäßige Eventualaufrechnung, die als gültig anzusprechen, keinerlei Bedenken haben würde, vor? Es könnte so scheinen, als ob ein Analogieschluß aus § 111 B. G. B. und besonders aus § 180 nahe liege. In § 180 wird nämlich gesagt, daß das von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft dann nicht ungültig ist, wenn der Empfänger der Erklärung mit der Vornahme einverstanden ist. Unter etwas anderen Voraussetzungen wird Ähnliches auch von dem § 111 bestimmt. Allein ein wirklicher Vertrag dürfte mit dem bloßen Schweigen keineswegs zustande kommen. Daß aber auch nicht einmal ein Vertragsmoment hinsichtlich der Bedingung vorliegt, geht unzweideutig daraus hervor, daß der Kläger seinen Antrag auf Verurteilung aufrecht erhält. Im übrigen wäre mit diesem Vorschlag für die prinzipielle Lösung des Problems auch deshalb nichts gewonnen, weil der Kläger ja jederzeit der Erklärung widersprechen könnte.

Zum Schlusse sei noch eine Ansicht widerlegt, die von Stölzel stammt, („Schulung" S. 348) und in der Literatur einigen Beifall gefunden hat. Stölzel glaubt nämlich mit der Erwägung, daß der Kläger ja jederzeit selbst unbedingt aufrechnen könne, er es also in der Hand habe, die durch die eventuelle Aufrechnungserklärung hervorgerufene Unsicherheit zu beenden, nachgewiesen zu haben, daß das Verbot des § 388 überflüssig sei. Aber dem dürfte nicht zuzustimmen sein; auf Grund dieser Erwägung könnte man schließlich fast alle Bedingungsverbote bei einseitigen Rechtsgeschäften für überflüssig erklären. Wenn einem Mieter, der schwer eine neue Wohnung bekommen kann, bedingt gekündigt wird, so wäre die Erwägung, daß er selbst vielleicht unbedingt kündigen könnte, ein schwacher Trost. Außerdem ist es auch für viele Fälle garnicht zutreffend, daß der Erklärungsgegner selbst sofort unbedingt jene Erklärung abgeben kann. Man denke nur an ungleiche Kündigungsfristen, oder an den Fall, daß einem Zessionar gegenüber aufgerechnet wird, der seinerseits überhaupt nicht aufrechnen kann.

§ 4.

Lösung des Problems.

Wie wir gesehen haben, bejahen fast alle Schriftsteller die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung, wenn schon aus sehr verschiedenen Gründen. Diese Gründe sind auch, wie darzulegen versucht wurde, gegenüber der gewichtigen Vorschrift des § 388 wenig beweiskräftig. Einige Konstruktionen wollen offenbar das Gesetz meistern, die Mehrzahl tut dem Sinne der Aufrechnungserklärung Gewalt an. Wenn wir nun unsererseits versuchen wollen, alles das hervorzuheben, was wirklich für die Gültigkeit der Eventualaufrechnung spricht, so wäre hier doch auch die erwähnte Stelle der Motive II. S. 108/09 anzuführen. Wenn auch wie schon dargelegt die Gründe, die die Motive für die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung anführen, auf viele Fälle kaum passen dürften, so ist doch die Tatsache, daß sie überhaupt die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung aussprechen, daß sie insbesondere die eventuelle Aufrechnung im Prozeß ganz allgemein als durch das Verbot des § 388 B. G. B. nicht getroffen erachten, als ein starkes Argument für eine einschränkende Auslegung des § 388 anzusehen. Dazu kommt noch, daß die Protokolle der II. Kommission keinerlei abweichende Ansicht enthalten. Wie wir oben gesehen haben, fassen die Motive die Eventualaufrechnung nicht als bedingte Aufrechnung auf, und deshalb, so könnte man folgern, hat man es bei der Abfassung des Gesetzes garnicht für nötig gehalten, die Eventualaufrechnung ausdrücklich von dem Verbot des § 388 auszunehmen. Hätte man die Bedingung, die in dem Worte eventuell steckt, erkannt, so hätte man es getan. Aber diese Erwägungen allein dürften gegenüber § 388 doch nicht durchschlagen. Denn Gesetze sind doch letzten Endes entgegen einer verbreiteten Ansicht, nach der es gilt bei der Auslegung eines Gesetzes den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, aus sich selbst heraus auszulegen. Der Wille des Gesetzgebers kann nicht maßgebend sein. Dies wird klar, wenn man sich vorstellt, wie denn Gesetze bei uns zustande kamen und in ähnlicher Weise noch jetzt zustande kommen. Es war dazu Übereinstimmung vom Bundesrat und Reichs-

tag erforderlich. Der Gesetzgeber bestand also aus vielen hundert Köpfen. Die Gesetze wurden en bloc angenommen. Es dürfte im allgemeinen unmöglich sein, anzugeben, was der Gesetzgeber bei einer einzelnen Vorschrift sich gedacht hat. Noch weniger ist der Wille der Verfasser des Gesetzes, der Kommissionsmitglieder, entscheidend, schon weil es sich hier gar nicht um den Gesetzgeber handelt. Und gerade da, wo es im Einzelfalle wie bei Verordnungen möglich wäre, den eigentlichen Gesetzgeber zu fassen, würde es sich, wenn man in einem Zweifelfalle anfragen wollte, herausstellen, daß jener Gesetzgeber an eben diesen Fall bei der Abfassung der Verordnung überhaupt nicht gedacht hat, möglicherweise garnicht daran denken konnte. Man hat infolgedessen auch noch nie davon gehört, daß etwa ein Gericht bei einer Verwaltungsbehörde dieserhalb angefragt hätte.

Wir hatten es soeben abgelehnt, mit Oertmann aus der Annahme einer besonderen Prozeßaufrechnung die Gültigkeit der Eventualaufrechnung zu folgern. Aber doch zwingt nicht nur das überwiegenden Interesse des Kompensanten, insbesondere die Zwangslage in der er sich befindet,[1]) sondern auch der Einfluß, den die prozessualen Normen auf das Aufrechnungsrecht des B. G. B. ausüben, zur Annahme der Zulässigkeit einer bedingten Aufrechnung im Prozeß[2]).

Um dies beides nachzuweisen, bedarf es einer etwas längeren Erörterung. Auch schon abgesehen vom Prozeß hat der Gläubiger-Schuldner ein großes Interesse an der Möglichkeit der Aufrechnung; es soll nicht nur die doppelte Barzahlung vermieden werden, sondern mehr noch die sonst leicht eintretende Unbilligkeit, daß der eine sich mit vieler Mühe das zur Bezahlung nötige Bargeld verschaffte und der andere dies dann nur zurückzugeben brauchte, ein Mißstand, der sich auch bei strenger Zug um Zug-Erfüllung nie ganz würde beseitigen lassen. Ferner sei als ein sehr wesentliches Moment, das aber meistens nicht genügend beachtet wird, noch die Sicherung hervorgehoben, die für einen Gläubiger, der einen unsicheren Schuldner hat, in der Möglichkeit aufzurechnen liegt. Es könnte

---

[1]) So Leonhard Arch. für B. R. 21 S. 201, Dog. Jahrb. 41 S. 60.

[2]) So besonders überzeugend Kohler, Kompensation und Prozeß.

so scheinen, als ob diese Sicherung keine allzugroße Rolle neben dem im § 273 B. G. B. ausgesprochenen Zurückhaltungsrecht spielen könne. Allein das Zurückbehaltungsrecht des § 273 setzt voraus, daß dem Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, ein fälliger Anspruch zusteht. Nur unter diesen Voraussetzungen kann der Gläubiger auch im allgemeinen die Zug um Zug-Erfüllung des § 274 verlangen. Aufrechnen kann dagegen der Gläubiger auch mit Forderungen, die aus einem ganz anderen rechtlichen Verhältnis entsprungen sind, wofern nur Gleichartigkeit vorhanden ist. Das Institut der Aufrechnung dürfte somit nur die dem Bedürfnis angepaßte Form sein, in billiger und zweckmäßiger Weise Verbindlichkeiten aus der Welt zu schaffen. Ein besonders großes Interesse an dieser zweckmäßigen Tilgungsart hat nun aber ein Schuldner, wenn Zwangsvollstreckung droht, d. h. vor allem im Prozeß, und es wäre nicht zu verstehen, wenn ihm etwa die Rechtsordnung gerade hier durch eine gesetzliche Vorschrift die Möglichkeit hätte nehmen wollen, sich durch Aufopferung der Gegenforderung der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Und zwar muß dem Beklagten die Möglichkeit gegeben sein, diese durch die Aufrechnung erfolgende Aufopferung der Gegenforderung auf den Fall zu beschränken, daß als wirklicher Grund solcher Aufopferung eine auf andere Weise nicht zu vermeidende Verurteilung droht. Eine unbedingte Aufrechnungserklärung aber würde ihn möglicherweise, da ja wie wir nachgewiesen hatten auch gegen eine Nichtschuld eine Aufrechnung möglich ist, unnötig seine Gegenforderung kosten. Für den Fall einer eventuellen Aufrechnung aber, bei der der Beklagte jenes Risiko nicht hat, ist eine Kollision mit § 388 gegeben. Es ist somit zu prüfen, ob das Interesse des Beklagten eventuell aufrechnen zu dürfen, im Prozeß vielleicht auf andere Weise geschützt ist. Es könnte so scheinen; die Aufrechnung kann durch einseitige Erklärung auch noch nach der Verurteilung vollzogen werden. Aber anders als bei einer Zahlung, würde durch diese Aufrechnung die Tätigkeit des Vollstreckungsbeamten keineswegs sofort gehemmt. Das verhindert die formelle Kraft des vollstreckbaren Titels. Allerdings könnte der Beklagte auf Grund der unbedingt vollzogenen Aufrechnung

eine Vollstreckungsgegenklage anstrengen. Aber auch hier in der Vollstreckungsinstanz wird man dem Schuldner unter Umständen gestatten müssen, nur bedingt aufzurechnen. Man denke nur an den Fall, daß die Zwangsvollstreckung, wie dies die Regel, aus einem noch nicht rechtskräftigen Urteil, gegen das noch eine Berufung schwebt, stattgefunden hat. Es wäre höchst unbillig, wollte man hier fordern, daß der Schuldner um einer Klagforderung willen, deren Nichtbestehen vielleicht in Kürze rechtskräftig festgestellt wird, seine Gegenforderung sollte aufgeben müssen. Ferner schützt auch die auf Grund einer unbedingten Aufrechnung erhobene Vollstreckungsgegenklage den Schuldner nur unvollkommen vor der Zwangsvollstreckung. Denn möglicherweise haben, ehe er mit ihr etwas ausrichtet, unterdessen doch schon Vollstreckungsmaßregeln stattgefunden, oder aber, es wird vom Gericht nur gegen Sicherheitsleistung Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet, wobei es durchaus möglich ist, daß der Schuldner die erforderliche Summe nicht so schnell zur Hand hat. Als letztes Hilfsmittel bliebe die Widerklage, aber eine solche ist möglicherweise, so z. B. da, wo eine Zession stattgefunden hat, überhaupt ausgeschlossen.

Wir waren bisher von der Annahme ausgegangen, daß der Beklagte auch noch nach der Verurteilung mit seiner Gegenforderung aufrechnen könne, und wir hatten gezeigt, daß auch wenn man dies annimmt, es für den Beklagten doch sehr nachteilig ist, wenn er erst nach der Verurteilung aufrechnet. Dazu kommt nun noch, daß es keineswegs zweifelsfrei ist, ob überhaupt noch gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch mit einer schon vorher bestehenden Gegenforderung aufgerechnet werden kann. Ein recht ernsthaftes Bedenken ergibt sich aus § 767 Z. P. O. Hiernach sind Einwendungen, welche den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe auf denen sie beruhen, erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Es fragt sich allerdings, ob in dem Vorbringen der Aufrechnung überhaupt eine Einwendung im Sinne des § 767 zu sehen ist? Dies dürfte zu bejahen sein. § 767 wollte offenbar alle Gegenrechte treffen, durch die der festgestellte Anspruch zunächst etwa wieder illu-

sorisch gemacht werden könnte, und zwar wird im § 767 der Ausschluß solcher Einwendungen ohne Rücksicht auf Kennen, — Kennenmüssen ausgesprochen. Somit könnte es ohne weiteres so scheinen, als ob auch die Aufrechnung vollständig ausgeschlossen sei. Man hat jedoch mancherlei Konstruktionen versucht, um jenes Resultat bei der Aufrechnung zu vermeiden. So weist man darauf hin, daß eine Einwendung erst dann im Sinne des § 767 „entstehe", wenn ein bereits vorher vorhandenes Aufhebungsrecht geltend gemacht, vorgebracht werde; meines Erachtens mit Recht. (So Förtsch in Gruchot 42 S. 229 Anm. 2, Staudinger zu § 389, Planck zu § 389 Ziffer 4, F. Leonhard Aufrechnung S. 156). Aber das Reichsgericht (R. G. E. 64 S. 229) vertritt durchaus den entgegengesetzten Standpunkt. Es gibt zwar zu, daß bei der Aufrechnung, die sich ja doch als ein einseitiges, auf Tilgung der einander gegenüberstehenden Forderungen gerichtetes Rechtsgeschäft darstellt, die Erklärung des Aufrechnungswillens der tilgende Akt ist. Gegen die Annahme, daß nun auch dieser Augenblick der Erklärung maßgebend sein müsse, spreche jedoch schon der Wortlaut des § 767 Z. P. O., der verlangt, daß die Gründe des Einwands erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sind. Das Aussprechen der Erklärung sei aber nicht zu den Gründen der Aufrechnung zu zählen: Grund der Aufrechnung sei vielmehr das Gegenüberstehen der aufrechenbaren Forderungen. Nun ist dieses Operieren mit dem Worte Grund der Aufrechnung meines Erachtens durchaus nicht glücklich; auch glauben wir nachgewiesen zu haben, daß die Erklärung Grund der Aufrechnung sei. Aber diese Ansicht läßt sich auch besser begründen. So sucht Stein sie durch einen aus den §§ 199/200 B. G. B. hergeleiteten Analogieschluß zu stützen, indem er ausführt, die Möglichkeit eine Einwendung durch Willenserklärung zu erwerben, müsse einer bestehenden Einwendung gleichgeachtet werden. Nun führt zwar diese Schlußfolgerung, die sonst keineswegs ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, in manchen Fällen gerade zur Bejahung des Aufrechnungsrechts. So z. B., wenn in einem Prozeß auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Mann mit Forderungen aufrechnet, die

zum Eingebrachten gehören. Denn diese Forderungen konnte die Frau, da sie auch im Prozeß Handlungen, die eine Verfügung über das eingebrachte Gut enthalten, nur mit Zustimmung des Mannes vornehmen kann, nicht ohne weiteres aufrechnen. Sie hatte also nicht die Möglichkeit durch einfache Willenserklärung die Einwendung zu gewinnen. Konnte sie dies aber nicht, so war für sie die Einwendung in Wahrheit noch nicht entstanden. Der Mann kann also jetzt das fremde Aufrechnungsrecht noch ausüben. In anderen Fällen, wo solche Gründe nicht vorliegen, bleibt aber ein erheblicher Zweifel, ob gegen den festgestellten Anspruch überhaupt noch aufgerechnet werden kann. Nach alledem leistet eine nach erfolgtem Urteilsspruch abgegebene Aufrechnungserklärung nicht im entferntesten dasselbe, wie eine vorher erfolgte.

Da somit unsere Prozeßordnung den Beklagten, der die Gegenforderung bestreitet, geradezu zwingt, wenn überhaupt, so unter einer Bedingung aufzurechnen, so kann man gewissermaßen von einer Gesetzeskollision sprechen, woraus zu folgern ist, daß hier § 388 B. G. B. als mit dem System des Zivilprozesses nicht vereinbar, nicht zur Anwendung kommen kann. Denn würde man trotz alledem annehmen, daß auch im Prozeß die Eventualaufrechnung durch § 388 ausgeschlossen sei, so würde durch die Eigenart des Prozeßsystems gerade in den wichtigsten Fällen die durch das bürgerliche Gesetzbuch verliehene Aufrechnungsbefugnis wieder vernichtet. Gegen diese Schlußfolgerungen kann man auch nicht einwenden, daß der Beklagte ja im Prozeß warten könne, bis der Anspruch des Gegners als erwiesen erschiene, um dann schnell noch aufzurechnen. Denn wollte er wirklich mit seiner Erklärung bis zu diesem Zeitpunkt warten, so müßte er mit der Möglichkeit rechnen, daß unversehens bereits ein Urteilsspruch erfolgte, und dann wäre er eben in der vorhin geschilderten mißlichen Lage.

Resultat: Die im Prozeß vorgenommene Eventualaufrechnung ist als gültig anzusehen.

Daß es darüber hinaus noch Fälle gibt, in denen auch außerprozessual eine besondere Zwangslage die Abgabe einer bedingten Aufrechnungserklärung rechtfertigt und diese als gültig anzusehen ist, folgt aus der Analogie der Zahlung, wo auch Ausnahmen für solche

Zwangslagen gemacht sind. Im allgemeinen braucht ein Gläubiger sich auch mit einer Zahlung unter Vorbehalt nicht zufrieden zu geben, d. h. die Ablehnung eines derartigen Angebots begründet keinen Annahmeverzug. Anders ist dies in folgenden Fällen, in denen eine mit Vorbehalt angebotene Zahlung ausnahmsweise die Wirkung eines unbedingten Zahlungsangebots hat.

Ein preußisches Gesetz vom 24. Mai 1861 bestimmte in den §§ 11 ff., daß ein festgesetzter Stempel auch dann sofort zu entrichten sei, wenn der Stempelpflichtige seine Verpflichtung nicht anerkannte, andernfalls wurde auf Grund des Festsetzungsbeschlusses ohne weiteres vollstreckt. Zahlte hier der Schuldner, so war der bei der Zahlung erfolgte Vorbehalt sogar Voraussetzung für die Klage auf Rückgewähr. Ohne einen solchen Vorbehalt war jene Klage ausgeschlossen. Die Zahlung mit Vorbehalt war daher hier beinahe die Regel. In ähnlicher Weise bestimmt auch heute noch das Reichsstempelgesetz vom 27. Mai 1894 R. G. Bl. S. 381 im § 33: In Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung der in diesem Gesetze festgesetzten Abgaben ist der Rechtsweg zuläßig. Die Klage ist binnen 6 Monaten nach erfolgter Beitreibung oder mit Vorbehalt geleisteter Zahlung zu erheben. Auf dem Gebiete des Börsensteuergesetzes kommt die zuläßige Vorbehaltszahlung ebenfalls häufig vor. Ebenso ist eine Vorbehaltszahlung zuläßig gegenüber einem noch nicht rechtskräftigen, aber vorläufig vollstreckbaren Urteil. Dies folgt m. E. mit Notwendigkeit schon daraus, daß ein eingelegtes Rechtsmittel wie etwa die Berufung, ja keinen Suspensiveffekt hinsichtlich der Vollstrekkung, sondern nur hinsichtlich der Rechtskraft hat. Hier muß wenigstens Vorbehaltszahlung gestattet sein. Dazu kommt, daß in einer wirklich eingelegten Berufung bezüglich der Hauptsache schon ein solcher Vorbehalt zu sehen sein dürfte, mag bei dem Zahlungsakt nochmal ein Vorbehalt erklärt werden oder nicht. Ist dem aber so, so könnte ein Beklagter, der ein Rechtsmittel eingelegt hat, ja garnicht ohne Vorbehalt zahlen. Beachtenswert ist auch noch die Erwägung, daß im allgemeinen der Gläubiger durch die Zwangsbeitreibung auch nicht mehr erhalten würde als durch eine unter Vorbehalt erfolgende Zahlung. Ein Schuldner, der, obschon zur Zahlung imstande, vollstrecken ließe, erklärte damit

ja besonderes nachdrücklich, daß er die Schuld nicht anerkenne. In allen diesen Fällen dürfte auch bei der Aufrechnung ein Vorbehalt zulässig sein und ihre Gültigkeit nicht beeinflussen. Der Zwang, den die Furcht vor alsbaldiger Vollstreckung ausübt, rechtfertigt hier die Abgabe einer eventuellen Aufrechnungserklärung. Daß wirklich dieselben Grundsätze auch bei der Aufrechnung gelten, das könnte man vielleicht auch durch ein Analogieschluß aus § 54 K. O. folgern. Zwar hatten wir oben S. 18 gezeigt, daß die Tatsache des Bestehens des § 54 K. O., auch wenn man der von Endemann Lehrb. S. 840 gegebenen Deutung sich anschließt, gegen die allgemeine Zulässigkeit einer bedingten Aufrechnungserklärung spricht. Denn § 54 K. O. bildet dann eine Singularität, gerechtfertigt durch die besondere Zwangslage, in der sich der Konkursgläubiger, der zugleich Schuldner ist, befindet. Aber eine gleiche Zwangslage liegt eben wie gerade gezeigt wurde, auch noch in anderen Fällen vor.

Man könnte nun wiederum der Ansicht sein, daß es unzulässig sei, aus einer solchen Singularität Analogieschlüsse zu ziehen. Allein innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt, ist Analogie nicht nur zulässig, sondern auch geboten.[1]) Dies auf unser Problem angewandt, bedeutet somit, daß überall da, wo ein Gläubiger sich in einer ähnlichen Zwangslage, wie der im § 54 K. O. berücksichtigten befindet, eine bedingte Aufrechnungserklärung zulässig ist.

---

[1]) Vgl. Enneccerus Lehrb. § 44 I 2a

II. Kapitel.

Die Wirkungen der Eventualaufrechnung auf den Prozeß. Verfahren bei illiquider Klag- liquider Gegenforderung.

Wir kommen jetzt zu der Frage nach den Wirkungen, die eine solche eventuelle Aufrechnungserklärung auf den Prozeß ausübt. Diese Frage ist relativ einfach zu beantworten für den Fall, daß die Gegenforderung bestritten ist, recht schwierig dagegen für den anderen Fall, daß die Gegenforderung unbestritten ist. Berücksichtigen wir zunächst den letzteren Fall, so würde unsere Frage enger gefaßt lauten: Welche Wirkung hat bei bestrittener Klagforderung eine Aufrechnung mit unbestrittener Gegenforderung? Hierüber gibt es zwei grundverschiedene Ansichten: Die Klagabweisungstheorie, oder wie ihr bedeutendster Vertreter Stölzel sie nennt, Klageänderungstheorie und andererseits die Beweiserhebungstheorie. Zwischen diesen beiden Theorien finden wir dann noch einige Vermittlungsversuche.

Nun könnte es zunächst so scheinen, als ob unsere Auffassung der Eventualaufrechnung, wonach es sich dabei um eine wahre Bedingung handelt, ohne weiteres zur Klagabweisungstheorie führen müssen. Denn entweder besteht die Klagforderung nicht, oder sie ist suspensivbedingt getilgt. Um eine Suspensivbedingung würde es sich handeln, da ja nicht die Wiederaufhebung einer bereits eingetretenen Wirkung, sondern der Eintritt jener gewollten Wirkung von dem künftigen Ereignis abhängig wäre. Allein wie Enneccerus (Rechtsgeschäft S. 531, 560) für den verwandten Fall der bedingten Novation überzeugend nachgewiesen

hat, unterscheidet sich eine suspensivbedingt aufgehobene Forderung wesentlich von einer suspensivbedingten Forderung dadurch, daß bei letzterer wegen Ungewißheit des Entstandenseins des Rechtsverhältnisses die Annahme des Nichtentstandenseins, bei ersterer wegen Ungewißheit der Aufhebung, die Annahme der Fortdauer vorherrschen müßte. Daraus folgt, daß die suspensivbedingt aufgehobene Forderung sich vielmehr ihrem Wesen nach einer resolutiv bedingten Forderung nähert, bei der ja auch bekanntlich nicht die Entstehung, sondern das Fortbestehen, der Bestand ins Ungewisse gestellt wird. Aus einer resolutiv bedingten Forderung, deren Entstandensein ja nicht zweifelhaft ist, kann, solange nicht feststeht, ob das tilgende Ereignis eingetreten ist, unzweifelhaft auf Erfüllung geklagt werden. Dasselbe muß aber von jener suspensivbedingt getilgten Forderung gelten. Es ist also aus unserer Konstruktion der Eventualaufrechnung ohne weiteres keinesfalls ein Schluß zugunsten der Klagabweisungstheorie herzuleiten.

§. 5.

Die Klagabweisungstheorie.

Um nun die Frage entscheiden zu können, ist es nötig, zunächst eine der beiden Theorien in ihren Grundzügen darzustellen. Wir beginnen mit der Ansicht Stölzels. Hiernach ist bei nicht entscheidungsreifer Klageforderung die Klage sofort abzuweisen, weil ja feststehe daß der Klaganspruch nicht mehr existiere, sei es, daß er nie enstanden sei, sei es, daß er durch Aufrechnung getilgt sei. Die Gründe der Abweisung könnten also unentschieden gelassen werden. So sehr diese Schlußfolgerung logisch als einleuchtend erscheint, so springen doch andererseits die bedenklichen Folgen dieser Ansicht sofort in die Augen. Denn man sieht sofort, mit dieser einen Klage ist es jetzt nicht getan. Da die Frage nach dem Verbauch der Gegenforderung offen gelassen wurde, wird der Beklagte sicherlich versuchen, seine zur Aufrechnung verwendete Gegenforderung noch einzuklagen, und der frühere Kläger wird im allgemeinen den Verbrauch der Gegenforderung festgestellt wissen wollen. Durch jenen ersten Prozeß aber wäre nur erreicht worden, daß sich die Ungewißheit der streitigen Klagforderung auch auf die Gegenforderung übertragen hätte. Die

Aushülfsmittel, die Stölzel demgegenüber vorschlägt, Feststellungs- und Widerklage genügen in keiner Weise. (vgl. unten S. 47.) Es fragt sich daher weiter, ob positive, aus dem Gesetz gewonnene Gründe für die Klagabweisungstheorie sprechen. Und dies ist in der Tat der Fall. Zunächst legt Stölzel dar, (sehr ausführlich „Schulung" S. 72/105) daß dem Richter die Wahl der Urteilsgründe zustehe; Rechtsgründe, die nach Ansicht des Richters eine Klagabweisung herbeiführen würden, hat er von amtswegen zu beachten, ohne Rücksicht darauf, ob die Partei sie vorgebracht hat oder nicht. Ohne weiteres würde auf Grund derartiger Rechtsgrunde eine Klagabweisung erfolgen, gleichgültig, ob die Partei das wünscht oder nicht. Gesetzt der Fall, es werde eine Spielschuld eingeklagt, die Parteien streiten nur darüber, ob Zahlung erfolgt ist, so hätte der Richter ohne weiteres abzuweisen, obschon eine so begründete Abweisung vielleicht durchaus nicht dem Willen des Beklagten entspräche. Einreden muß nun allerdings der Beklagte vorbringen, damit der Richter sie beachten kann; hat er dies aber getan, so hat der Richter, solange sie nicht widerrufen werden, sie in gleicher Weise zu beachten, wie die von amtswegen zu berücksichtigenden Rechtsgründe, d. h. also, wenn die Partei mehrere Einreden gleichzeitig vorbringt, so hat der Richter unter ihnen ebenso die Wahl, wie unter mehreren Paragraphen des Gesetzes, von denen jeder allein zur Abweisung der Klage führen würde.

Ist nun die zunächst vorgebrachte Einrede streitig, die zweite eventuell vorgebrachte Einrede unstreitig, so kann nichts den Richter hindern, auf Grund jener eventuellen Einrede sofort die Klage alternativ abzuweisen.

Kleinfeller Krit. V. J. S. 42 S. 92 glaubt gegen die Zulässigkeit eines solchen alternativ begründeten Urteils einwenden zu müssen, daß es der materiellen Rechtskraft nicht fähig sei, weil es keine Entscheidung über den durch Klage geltend gemachten Anspruch enthalte. Aber dem dürfte kaum zuzustimmen sein; denn das Nichtbestehen des Klageanspruchs wird ja klargestellt, auf die Gründe kommt es im Sinne der Rechtskraft nicht an. Allerdings ist hieraus nur zu folgern, daß der Richter so verfahren kann, nicht daß er es muß. Wenn Klein-

feller weiter a. a. O. den Vorwurf erhebt, das von Stölzel vorgeschlagene Urteil erschöpfe die Parteianträge nicht und führe infolge der bestehen bleibenden Unsicherheit zu neuen Prozessen, so ist dieser Vorwurf zwar nicht unberechtigt aber allein wohl kaum geeignet, die Theorie Stölzels zu erschüttern.

Stölzel beruft sich ferner auf § 308 Z. P. O., daß vom Richter nichts anderes zuzuerkennen sei, als was innerhalb der Parteianträge liegt, ein Satz, der zu der in unserem Prozeß herrschenden Verhandlungsmaxime im weiteren Sinne zu rechnen ist. Der Kläger verlange nur Zuerkennung der Klagforderung, Beklagter ausschließlich Abweisung der Klage. Auch dies dürfte richtig sein, denn wenn möglicherweise Kläger oder Beklagter auch darüber hinausgehende Wünsche haben sollten, so hat der Richter solche Wünsche doch nur zu berücksichtigen, wenn sie ihm vorgetragen, prozeßordnungsmäßig verhandelt werden.

In der Aufrechnungseinrede eine stillschweigende, eine versteckte Widerklage zu sehen, (so Osann, Beiträge zur Behandlung der Komp. Einrede in der Z. P. O.) ist meines Erachtens schon deshalb verfehlt, weil, wie wohl allgemein anerkannt wird, der einredeweise geltend gemachte Anspruch nicht rechtshängig wird.[1])

Eine besonders erhebliche Stütze seiner Ansicht findet Stölzel in § 300 Z. P. O.: ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen. Zur Endentscheidung reif ist aber ein Rechtsstreit, sobald alle für die Klagabweisung oder Verurteilung erheblichen Tatsachen feststehen. Eine Beweiserhebung über Tatsachen, die für die Klagabweisung unerheblich sind, würde aber den Prozeß überhaupt nicht weiter zur Entscheidungsreife führen, sondern nur unnütz den Erlaß des Endurteils verzögern, somit gegen § 300 verstoßen (so O. L. G. E. 29 S. 104). Allerdings gibt Stölzel selbst zu, daß ein Urteil ohne Beweiserhebung weniger weittragend ist, und daß es wünschenswert ist, daß der Richter, um einen neuen Prozeß zu verhüten, ein weittragendes Urteil fällt. Man könnte, um die Unhaltbarkeit der Klagabweisungstheorie

---

[1]) a. M. Kohler Z. Z. P. 20 S. 36 ff.

nachzuweisen, auch die Motive zu § 300 Z. P. O. (Hahn, Materialien S. 285/86) heranziehen, wo es heißt: es solle dem durch die Umstände des einzelnen Falles geleiteten Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob er in dem Urteil das gesamte Streitmaterial, oder nur einen für die Entscheidung durchgreifenden Teil prüfen wolle. Aber diese Stelle steht in striktem Widerspruch zu § 300, der, wollte man wirklich jene Meinung der Motive annehmen, praktisch fast jede Bedeutung verloren hätte.

Somit scheint sich auf Grund der bisherigen Erörterung zu ergeben, daß nicht nur der Richter, trotz aller gegenteiligen Parteiabsicht, ohne Beweiserhebung über die Klagforderung sofort entscheiden kann, sondern daß ihm dies zwingend geboten ist, daß er es muß.

Stölzel führt noch zwei wie er meint besonders erhebliche Gründe an, daß nämlich die Beweiserhebungstheorie zu einer unbilligen Kostenentscheidung nötige und ferner, daß sie zu ganz unmöglichen Endurteilen führe. Allein wie später zu zeigen ist, sind diese Gründe nicht durchschlagend.

§ 6.

Die Beweiserhebungstheorie.

Im Gegensatz zu dieser Lehre Stölzels bestreitet die Beweiserhebungstheorie die Statthaftigkeit einer alternativ begründeten Klagabweisung und erklärt es für unzuläßig, den Aufrechnungseinwand vor Feststellung der Klagforderung zu berücksichtigen.

Denn, so folgert man, solange das Bestehen der Klageforderung, von dem doch die materielle Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung abhängig sei, noch nicht feststehe, könne der Beklagte überhaupt noch nicht prozeßrechtlich wirksam aufrechnen, auch nicht einmal dann, wenn er seine Aufrechnungserklärung unbedingt abgeben würde. (ähnlich Busse, Sächs. Arch. 06 S. 125) Die Aufrechnung gegen eine zweifelhafte Klagforderung stelle sich ferner für den Fall, daß jene wirklich nicht bestehe, als eine Art Erlaß dar, ein Erlaß aber könne nur durch Vertrag zustande kommen,

auch müsse der Kompensant dagegen geschützt werden die Gegenforderung zu verlieren, ohne daß in Wahrheit überhaupt eine Aufrechnung zustande gekommen sei.

Alle drei Gründe, die miteinander nahe verwandt sind, teilweise wohl sogar dasselbe besagen, sind jedoch unzutreffend.

Einem Beklagten, der unbedingt gegenüber einer noch unbewiesenen Forderung aufrechnet, ist es darum zu tun, möglichst schnell die Klage zur Abweisung zu bringen, sei es auch unter Aufopferung der Gegenforderung. Es kann nun nicht deshalb, weil die Klagforderung nicht besteht, also erst recht Klagabweisung geboten wäre, dem Beklagten unmöglich gemacht werden, eine sofortige Klagabweisung zu erreichen. Oder sollte etwa der Beklagte um dies zu erreichen, erst die Klagforderung beweisen müssen? Außerdem hatten wir oben ja nachgewiesen, daß es sehr wohl möglich ist, gegen eine nichtbestehende Forderung aufzurechnen. Der zweite und dritte Grund sind ebenfalls verfehlt, denn es wird ja, wenn ein Urteil wie Stölzel es will ergeht, nur dann die Gegenforderung verbraucht, wenn die Klagforderung bestand, also tatsächlich Aufrechnung stattfand.

Insofern man sich allerdings gegen die alternative Fassung der Urteilsbegründung wendet, haben die Anhänger der Beweiserhebungstheorie recht, und zwar hat dies Hölder nachgewiesen (vgl. „Schulung" S. 65). Denn ein Beklagter, der unbedingt aufrechnet, kann zwar sofort Klagabweisung verlangen, aber solange die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen der Klagforderung noch nicht geklärt ist, allein auf Grund der Aufrechnung. Dies muß dann aber auch in der Urteilsformel zum Ausdruck kommen, es verbietet sich also die alternative Fassung.

Ferner wird geltend gemacht, das Urteil habe einen verschiedenen Umfang hinsichtlich der Rechtskraft, wenn es wegen Aufrechnung, als wenn es ergehe, weil die Klagforderung unbegründet gewesen sei. § 322 Z. P. O. bestimmt: Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe . . . . . der Rechtskraft fähig. Nun fragt es sich, heißt das, die Feststellung, daß die Gegenforderung überhaupt nicht bestanden hat, wird rechtskräftig, oder nur die Feststellung,

daß die Gegenforderung infolge der Aufrechnung nicht mehr besteht. Legt man die erste Auffassung zugrunde, so hat das klagabweisende Urteil keinen verschiedenen Rechtskraftumfang, mag es wegen Aufrechnung, oder wegen eines sonstigen Grundes abweisen; die Abweisungsgründe wären also gleichwertig gewesen, unter gleichwertigen Abweisungsgründen aber hat zweifellos der Richter die Wahl. Allein wie gerade Stölzel überzeugend nachgewiesen hat, (besonders treffend a. a. O. S. 223/24) ist § 322 Abs. 2 dahin auszulegen, daß auch die Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung infolge der Aufrechnung rechtskräftig wird. Wie allerdings aus einer solchen Auslegung des § 322 eine Stütze für die Klagabweisungstheorie hergeleitet werden könnte, ist uns nicht verständlich. Denn dann hat das auf Aufrechnung beruhende Urteil eine andere Rechtskraft, als das wegen Nichtbestehens der Klagforderung abweisende. Es liegt dann doch auch zum mindesten nahe, anzunehmen, daß nur nachdem festgestellt worden sei, daß die Klagforderung wirklich bestand, der Verbrauch der Gegenforderung auf Grund der erfolgten Aufrechnung rechtskräftig ausgesprochen werden dürfe. Eine zwingende Regel, daß zunächst die Klagforderung untersucht werden müßte, (so R. G. Recht 13 Nr. 543) läßt sich allerdings meines Erachtens aus § 322 Abs. 2 nicht herleiten, denn § 322 sagt nur, daß wenn eine Entscheidung über die Gegenforderung gefällt wird, diese rechtskräftig wird, nicht jedoch, daß überhaupt eine solche Entscheidung gefällt werden muß. Somit ergibt sich daß § 322 zwar mehr zugunsten der Beweiserhebungstheorie spricht, aber keineswegs die Gegenansicht ausschließt. Aus § 529 Abs. 3 Z. P. O. ist ebenfalls nichts gegen Stölzel zufolgern, da es sich hier nur um eine Besonderheit für die Berufungsinstanz handelt, wonach verspätetes Vorbringen mit prozessualer Strafe belegt wird. Somit dürfte gezeigt sein, daß die Klagabweisungstheorie logisch haltbar ist, und daß auch aus dem Gesetz sich keineswegs ohne weiteres ihre Unhaltbarkeit ergibt.

§ 7.

Die materielle Bedingtheit des Rechtsgeschäfts der Aufrechnung.

Aber doch dürfte ihr grundsätzlich nicht beizutreten sein. Wir hatten eben gesehen, daß der Richter es unbeachtet lassen

kann, ob der Beklagte sich unbedingt oder nur eventuell auf einen Einwand beruft. In dem prozessualen Aufrechnungsvorbringen ist aber keineswegs ausschließlich jenes Berufen auf einen bereits vorhandenen Einwand zu sehen. Sondern abgesehen von den Fällen, daß die Aufrechnung bereits außerprozessual erklärt ist, enthält jenes Prozeßvorbringen auch die materielle Aufrechnungserklärung.[1]) Diese Aufrechnungserklärung ist aber, wie wir oben ausführlich dargelegt hatten, unter einer wahren Suspensivbedingung abgegeben. Solange aber jene Bedingung noch nicht eingetreten ist, hat sich die Aufrechnung noch gar nicht vollzogen, es ist also die materielle Grundlage, auf die eine prozessuale Einrede gestützt werden könnte, noch garnicht vorhanden. Mag darum der Richter die prozessuale Eventualität völlig unbeachtet lassen können, so kann auf keinen Fall das gleiche vor der materiellrechtlichen Bedingtheit des der Einrede zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gelten. Stölzel sagt an verschiedenen Stellen: bei illiquider Klagforderung, aber liquider Aufrechnungseinrede ist ohne Beweiserhebung sofort abzuweisen, sei es ..... sei es ..... Unterstellen wir diesen Satz Stölzels als richtig, so kommen wir für den Fall der eventuell erklärten Aufrechnung doch zur Beweiserhebung. Denn der Tatbestand einer liquiden Aufrechnungseinrede, den Stölzel annimmt, ist für den von uns behandelten Fall der eventuell erklärten Aufrechnung niemals vorhanden.[2]) Mag die erste Einredetatsache illiquide sein, so ist es die Aufrechnungseinrede, mag auch die Gegenforderung zugestanden sein, darum nicht minder; im Gegenteil. Erhebt der Richter über die an erster Stelle vorgebrachte bestrittene Einrede Beweis, so kann er sie damit sofort liquide machen, während es ihm ohne weiteres nicht möglich ist, zu bewirken, daß jener materielle Akt der Aufrechnung sich vollzieht. Erst wenn er Beweis über die in erster Linie geltend gemachte Einrede erhoben und sie als unbegründet ausgeschieden hat und außerdem der Beweis der Klageforderung erbracht ist, ist die Bedingung eingetreten. Nicht schon mit dem

[1]) So Leonhard Zeitschrift f. H. R. 60, S. 573.

[2]) Betreffs des Verfahrens bei illiquider Klag-illiquider Gegenforderung vgl. S. 49.

Ausscheiden der in erster Linie geltend gemachten Einrede, denn wir erinnern uns, daß jene Bedingung lautete: „Wenn Kläger obsiegen würde." Erst mit dem Eintritt dieser Bedingung ist, da jetzt eine unbedingte Aufrechnungserklärung vorliegt, der materielle Einwand entstanden, ohne den die prozessuale Einrede wirkungslos wäre. Es erfolgt Abweisung allein auf Grund der Aufrechnung. Zwar ist zuzugeben, daß damit die Partei nach Gutdünken einen Zwang zu getrennter Verhandlung über die einzelnen Tatsachen ausüben kann und daß damit die Gefahr einer Zerstückelung des Verfahrens nicht ausgeschlossen ist. Sollte man aber annehmen, daß eine solche Bindung des Richters unzulässig sei, oder daß der Richter nicht verpflichtet sei, nachdem er den Prozeß bis abgesehen von der Aufrechnungseinrede zur Entscheidung gebracht habe, nun noch jene Aufrechnungseinrede zu berücksichtigen, diese vielmehr als verspätet nach § 278 Z. P. O. zurückzuweisen sei, so ist es doch gänzlich ausgeschlossen, daß der Richter, wenn er sie wirklich zurückwiese, auf Grund dieser als verspätet zurückgewiesenen Aufrechnungseinrede den Antrag des Klägers ohne weiteres abweisen könnte. Auf einem ähnlichen Wege kommt Oertmann (Aufr. im deutschen Zivilprozeß S. 285) zur Beweiserhebungstheorie, indem auch er annimmt, daß das materielle Rechtsgeschäft der Aufrechnung zunächst noch nicht vollzogen sei, als nicht vorhanden anzusehen sei; freilich nicht deshalb, weil er wie wir in der Eventualaufrechnung eine bedingte Aufrechnung sieht, sondern, indem er (wie oben ausführlich dargelegt,) von einer reinen Prozeßaufrechnung ausgeht, die nur prozessual wirksam, nicht sofort jene materielle Wirkung herbeiführe.

§ 8.

Widerlegung einiger Bedenken.

Wie steht es nun mit Stölzels Gegengrund, die Beweiserhebungstheorie führe dazu, dem Kläger unterschiedslos die Kosten aufzubürden? Diese Behauptung entspricht keineswegs den Tatsachen. Es könnte allerdings so scheinen, als ob dies aus der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung zu folgern sei; allein wie wir oben bereits darlegten, dürfte eine derartige Rückwirkung überhaupt kaum anzunehmen sein, noch weniger aber dürfte es

gestattet sein, daraus auf prozessuale Fragen einen Schluß zu ziehen. (Analogieschluß aus § 263 II. Z. P. O.)

Ferner heißt es im § 91 Z. P. O. die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreites zu zahlen, und nach dem Urteilstenor ist doch der Kläger die unterliegende Partei. Allein der wahre Sinn des § 91 dürfte doch der sein, daß derjenige der zu Unrecht streitet, die Kosten zu tragen hat. Wendet man dies an, so ergibt sich, daß dem Beklagten die Kosten zur Last fallen, falls das Bestehen der Klagforderung abgesehen von der Aufrechnung festgestellt wird, denn er hat ja unbegründet die Klagforderung bestritten. Damit ist schon ausgesprochen, daß in diesem Falle der Beklagte auch die durch die Beweiserhebung über die Klagforderung entstandenen Kosten zu tragen hat.

Daß der Satz richtig ist, wonach es nach § 91 nicht rein schematisch auf die Fassung des Urteilstenors ankommt, ergibt sich auch aus folgender Überlegung. Wenn ein Kläger im Laufe des Rechtsstreits befriedigt wird und die Sache für erledigt erklärt wird, so stellt sich dies auch als eine Klagabweisung dar, (so Liebknecht a. a. O. S. 215; R. G. E. 20 S. 432) und doch hat hier, wie wohl allgemein angenommen wird, der Beklagte die Kosten zu tragen. Da nun wie wir bereits dargelegt hatten, die im § 388 B. G. B. ausgesprochene Rückwirkung für unsere Frage der Kostentragungspflicht nicht in Betracht kommt, so kann meines Erachtens eine während des Prozesses erfolgte Aufrechnung nur so wirken, wie eine während desselben erfolgte Zahlung. Dies dürfte auch der Billigkeit entsprechen, zumal in den Fällen, wo eine Zession stattgefunden hat und der Zessionar seinerseits sich nicht durch Aufrechnung befriedigen konnte. Aus diesen Ausführungen hat sich somit ergeben, daß der Beklagte, falls er nur mit Hülfe der Aufrechnung einer Verurteilung entgeht, die Kosten tragen muß.

Dagegen kann man meines Erachtens nicht mit § 92 Z. P. O. operieren: dieser Paragraph dürfte sich nur auf die Fälle beziehen, daß jemandem, der eine bestimmte Summe verlangt hat, ein Teil zugesprochen wird; man kann dem Kläger aber nicht deshalb, weil er ja teils obsiege, nämlich mit dem Beweis seiner Forderung etwa die Hälfte der Kosten abnehmen.

Nun zu den Verfahren Stölzels: Abweisung ohne Beweiserhebung; hier hätte der Kläger zwar nicht die Mehrkosten der Beweiserhebung zu tragen, wohl aber liegt es nahe, ihn die sonstigen Prozeßkosten tragen zu lassen, da er ja nach dem Urteilstenor der unterliegende Teil ist und es jetzt auch garnicht klargestellt ist, ob er nur auf Grund der während des Prozesses erfolgten Aufrechnung abgewiesen worden ist, oder nicht deshalb, weil die Klagforderung unbegründet war. Eine solche Kostenentscheidung aber wäre nach dem oben Ausgeführten, für den Fall, daß die Klagforderung bestand und nur während des Prozesses getilgt wurde, offenbares Unrecht.

Endlich glaubt Stölzel als besonders starkes Argument gegen die Beweiserhebungstheorie ins Feld führen zu können, daß sie zu einem Eidesurteil mit zwei gleichen Alternativen nötige: Im Falle der Leistung, wie der Nichtleistung des Eides wird Kläger kostenpflichtig abgewiesen. In der Tat wird diese Frage der Eidesfassung häufig praktisch. Denn die Eventualaufrechnung pflegt gerade da erklärt zu werden, wo die klagbegründenden Tatsachen bestritten sind, oder aber, falls die Klagtatsachen unbestritten sind, das Bestehen der an erster Stelle dagegen geltend gemachten Einrede bestritten ist und in vielen Fällen bleibt hier mangels anderer Beweismöglichkeiten nur der Parteieid. Es ist demnach die Frage nach der Zulässigkeit solcher Eidesurteile zu erörtern. Wie eben gerade ausgeführt wurde, ist es zunächst durchaus nicht richtig, daß den Kläger für den Fall der Leistung wie der Nichtleistung des Eides die Kosten treffen. Ferner hatten wir oben nachgewiesen, daß das auf Aufrechnung beruhende Urteil einen anderen Rechtskraftsumfang hat, als das wegen Nichtbestehens der Klagforderung abweisende. Infolgedessen sind auch die in dem Urteil bedingt ausgesprochenen Folgen materiell ungleichartig. Die Eidesleistung stellt also keineswegs nur fest, ob der negative Ausgang des Prozesses auf dem Grunde a oder b beruht, (wie Stölzel a. a. O. S. 106 meint,) sondern in welcher Weise, mit welchen Wirkungen Abweisung erfolgt. Ein solches Eidesurteil ist deshalb für zulässig zu halten. Es ist auch nicht nötig, wie Liebknecht a. a. O. S. 172 vorschlägt, es auf Grund des § 461 Abs. 2

Z. P. O. durch Beweisbeschluß oder bedingtes Zwischenurteil zu umgehen. Dies Verfahren, wäre auch gegenüber dem Worte „kann" des § 461 Abs. 2 nicht unbedenklich. Denn dieses Wort müßte dann für den Fall der Aufrechnung in „muß" umgedeutet werden, da der Richter ja nur auf diesem Wege das verpönte Eidesurteil vermeiden könnte, ihn also immer beschreiten müßte.

Wir hätten somit nachgewiesen, daß vor Erlaß des Urteils zunächst eine Beweiserhebung über die Klagforderung erfolgen muß, daß auch keinerlei begründete Bedenken gegen ein solches Verfahren bestehen. Anders bei der gegenteiligen Ansicht. Da die Parteien bei der von Stölzel verteidigten Entscheidung in Wahrheit nichts über die materielle Rechtslage erfahren, ist worauf schon S. 38 hingewiesen wurde, ein neuer Prozeß unvermeidlich; denn die von Stölzel vorgeschlagenen Mittel, dem abzuhelfen, Feststellungs- und Widerklage genügen nicht. Man denke nur an den Fall, daß der Gläubiger die klageweise geltend gemachte Forderung erst durch Zession von einem Dritten erworben hat. Hier würde der Beklagte eine Widerklage gegen den Zessionar, der ja garnicht schuldet, überhaupt nicht anstellen können. Die Zulässigkeit einer Änderung der ursprünglichen Leistungsklage des Klägers in eine Klage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung, wäre in diesem Falle ebenfalls mehr als zweifelhaft. Denn da die zur Aufrechnung verwendete Gegenforderung gegen den Zessionar niemals geltend gemacht werden könnte, weil sie ja gegen einen Dritten gerichtet ist, ihm also aus der etwa bestehen gebliebenen Gegenforderung keinerlei Nachteile drohen würden, fehlt das rechtliche Interesse jenes an alsbaldiger Feststellung. Oder sollte man etwa die Zulässigkeit einer Feststellungsklage des Zessionars gegen den Beklagten, daß die Klagforderung durch Aufrechnung getilgt worden sei, deshalb annehmen, weil dann dem Zessionar möglicherweise ein Regreßanspruch gegen den Zedenten (etwa auf Grund eines Kaufs) zustände?

Zu welch' verfehlten Ergebnissen unter Umständen die Klagabweisungstheorie führen würde, sieht man klar an den Fall, daß ein Zessionar neben der Hauptforderung Zinsen und Kosten einklagt, die erst nach der Abtretung der Forderung entstanden

sind. Gegenüber dieser Nebenforderung würde eine Aufrechnung mit einer gegen den früheren Gläubiger gerichteten Forderung nicht wirksam erklärt werden können, denn sie hätte diesem neuen Anspruch ja niemals aufrechenbar gegenüber gestanden. Die Tatsache, daß ohne die Abtretung gegenüber etwa entstandenen Prozeßkosten hätte aufgerechnet werden können, ändert nichts daran, daß es sich um eine selbständige Forderung handelt, der gegenüber dies nicht möglich ist. Aus der im § 389 B. G. B. ausgesprochenen Rückwirkung läßt sich wie schon ausgeführt,[1]) kein Schluß für das Gegenteil ziehen.

Würde hier das Gericht den Anspruch garnicht prüfen, so käme es zur Klagabweisung, obschon sich doch bei Prüfung der Klageforderung ergibt, daß gegen die Kostenforderung nicht aufgerechnet werden kann. Denn ein Einverständnis des Zessionars mit der Aufrechnung gegen die Kostenfordernng, also vertragsmäßige Aufrechnung ist sicher nicht anzunehmen, da er ja als Zessionar durch die Aufrechnung nicht befriedigt wird, diese ihm vielmehr höchst nachteilig ist. Dasselbe würde gelten für den Fall, daß ein Ehemann, der neben seiner Frau als Gesamtschuldner verklagt ist, mit einer Frauenforderung aufrechnet, da er doch nur für den Fall, daß eine Frauenschuld besteht, aufrechnen kann, sich also nur bei einer Prüfung und unter Umständen einer Beweiserhebung über die bestrittene Klageforderung ergibt, daß keine Frauenschuld besteht, der Mann nicht aufrechnungsberechtigt ist, Klagabweisung auf Grund von Aufrechnung also überhaupt nicht in Betracht kommt, der Mann vielmehr zu verurteilen ist.

Falls es nun in Fällen wie den hier erörterten oder ähnlichen zur Eideszuschiebung über die bestrittenen Klagetatsachen kommt, so wäre das bedingte Endurteil etwa folgendermaßen zu fassen: Dem Beklagten wird auferlegt, folgenden Eid zu leisten: Ich schwöre, das Darlehn von 1000 Mark nicht empfangen zu haben. Leistet der Beklagte den Eid, so wird Kläger mit seinem Anspruch kostenpflichtig abgewiesen.

Leistet der Beklagte den Eid nicht, so wird die Klage auf

---

[1]) oben S. 6 ff.

Zahlung der 1000 Mark auf Grund der Aufrechnung abgewiesen, der Beklagte in die Kosten verurteilt.

§ 9.

Verfahren bei illiquider Klag- illiquider Gegenforderung.

Wir waren bisher davon ausgegangen, daß die Gegenforderung unbestritten sei. In sehr vielen Fällen wird dies jedoch nicht der Fall sein; auch ist möglicherweise die Verwendbarkeit der Gegenforderung zur Aufrechnung zweifelhaft. Die auf eine solche Gegenforderung gestützte Einrede wäre somit als illiquide anzusehen, es stände also einer illiquiden Klagforderung eine illiquide Einrede entgegen. In diesem Falle müßte zunächst über die Klagforderung, oder zum mindesten gleichzeitig über die Klagforderung und das Bestehen der Einrede Beweis erhoben werden, also nicht etwa zunächst nur über die Einrede deshalb, weil bei positivem Ausfall dieses Beweises es ja klar sei, daß die Klagforderung nicht bestehe. Dies folgt unabhängig von der Entscheidung des eben erörterten Falles der liquiden Gegenforderung daraus, daß ja möglicherweise dieser Beweis mißlingt und dann ja doch noch kein Urteil erlassen werden könnte, sondern das Bestehen der Klagforderung festgestellt werden müßte.

Wenn allerdings Klageforderung und Gegenforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen, so könnte hier das Gericht gemäß § 145 Abs. 3 Z. P. O. getrennte Verhandlung über Klagforderung und Gegenforderung anordnen. Würde sich dann ergeben, daß die Klagforderung abgesehen von der Aufrechnung besteht, so könnte nach § 302 Z. P. O. ein Vorbehaltsurteil erlassen werden.

Lebenslauf.

Geboren am 6. Juli 1896 in Oppenwehe i. W., besuchte ich zunächst 4 Jahre die Bielefelder Volksschule, dann 9 Jahre das dortige Gymnasium. Nachdem ich 1916 daselbst das Abiturientenexamen unter Befreiung von der mündlichen Prüfung bestanden hatte, studierte ich in Marburg drei Jahre lang Rechts- und Staatswissenschaft. 1919 bestand ich beim Oberlandesgericht Cassel das Referendarexamen mit gut. Im Januar 1920 in Marburg das Doktorexamen cum laude.

Druckfehlerberichtigung.

Es muß heißen:

Seite 4 Anm. 1a.: Staudinger, statt Standinger.
„ 5 Erste Zeile: gegenstandslos statt gegegenstandslos.
„ 9 Enneccerus statt Eneccerus.
„ 22 muß es heißen: quantitatem statt quatitatem.
„ 23 l. 26 de probat statt 1. 26 de probat.
„ 29 das überwiegende Interesse statt das überwiegenden Interesse.
„ 47 drittletzte Zeile: sieht man klar an dem Fall statt den Fall.
„ 48 Kostenforderung statt Kostenforderung.